



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Coautoría en el injusto imprudente. Una aproximación analítica desde las teorías de la acción y de la imputación

Diego Antonio González Lillo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales

**COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE. UNA
APROXIMACIÓN ANALÍTICA DESDE LAS TEORÍAS DE
LA ACCIÓN Y DE LA IMPUTACIÓN**

Directora y tutora: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

DIEGO ANTONIO GONZÁLEZ LILLO

BARCELONA, 2021

NOTA DE AGRADECIMIENTOS

La elaboración de una tesis doctoral es un proyecto individual y solitario, pero en un muy específico y restringido sentido. Por esta razón, quisiera agradecer por lo menos a algunas de las muchas personas e instituciones que han contribuido para su realización.

En primer lugar, a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, mi maestra española y directora de esta tesis, por la paciencia y dedicación con la que ha guiado mi investigación. Hago extensivo este agradecimiento también a todos y cada uno de los miembros del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, por haberme acogido durante este decisivo periodo de formación académica, y permitirme aprender de ellos. Asimismo, agradezco al profesor José Luis Guzmán Dalbora, mi maestro chileno, entre tantas cosas, por acompañarme desde el inicio de este camino y continuar enseñándome. Del mismo modo, quisiera agradecer al profesor Juan Pablo Mañalich Raffo por sus valiosas sugerencias para este trabajo.

Por supuesto, quiero dar las gracias también a mis padres por su amor incondicional y comprensión. A mi hermana Antonella, por su cariño y apoyo permanente en cada una de mis etapas vitales. Y a Elísabet, por confiar en mí y acompañarme en las horas más difíciles.

Esta investigación ha sido financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Subdirección de Capital Humano, DOCTORADO BECAS CHILE/2015 – 72160266.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo analizar las relaciones internas entre la teoría de la intervención delictiva y los criterios de imputación subjetiva, concentrándose específicamente en la estructura de la coautoría en el injusto imprudente. Para este propósito, se ofrece un enfoque centrado fundamentalmente en aspectos de carácter conceptual y estructural. Dicha perspectiva de análisis se desarrolla utilizando una determinada aproximación a las teorías de la imputación y de la acción. Luego de someterse a un examen particular, en aplicación de tales herramientas teóricas, se propone un análisis coordinado de las modalidades de intervención delictiva y de las formas de imputación subjetiva. Una vez fijado el objeto, estructura y presupuestos de la coautoría, se defiende y desarrolla su aplicación al injusto imprudente. Para ello, se ofrece una réplica al conjunto de críticas que acusan su presunta incompatibilidad, así como también un estudio de las principales propuestas constructivas en la dogmática penal actual. A continuación, sobre la base del aparato conceptual de las teorías de la imputación y de la acción, se propone un modelo de análisis que vincule los requisitos internos tanto de la coautoría como de la imprudencia. Esta estructura se aplica igualmente a los delitos impropios de omisión. La investigación finaliza ofreciendo una delimitación con otros casos de pluralidad de autorías en delitos imprudentes, que no satisfacen los requisitos de la coautoría.

RESUM

La present recerca té com objectiu analitzar les relacions internes entre la teoria de la intervenció delictiva i els criteris d'imputació subjectiva, concentrant-se específicament en l'estructura de la coautoría en l'injust imprudent. Amb aquest propòsit, s'ofereix un enfocament centrat fonamentalment en aspectes de caràcter conceptual i estructural. Aquesta perspectiva d'anàlisi es desenvolupa emprant una determinada aproximació a les teories de la imputació i de l'acció. Després de sotmetre's a un examen particular, en aplicació d' aquestes eines teòriques, es proposa una anàlisi coordinada de les modalitats d'intervenció delictiva i de les formes d'imputació subjectiva. Un cop fixat l'objecte, estructura i pressupostos de la coautoría, es defensa i desenvolupa la seva aplicació a l'injust imprudent. Per a això, s'ofereix una rèplica al conjunt de crítiques que acusen la seva presumpta incompatibilitat, així com també un estudi de les principals propostes constructives en la dogmàtica penal actual. A continuació, sobre la base de l'aparell conceptual de les teories de la imputació i de l'acció, es proposa un model d'anàlisi que vinculi els requisits interns tant de la coautoría com de la imprudència. Aquesta estructura s'aplica igualment als delictes d'omissió impròpia. La recerca finalitza oferint una

delimitació amb altres casos de pluralitat d'autories en delictes imprudents que no satisfan els requisits de la coautoria.

ABSTRACT

The current investigation's objective is to analyse the internal relationships between the participation theory and the subjective dimension of crime. In particular it focuses in co-perpetration's structure in negligent wrongful offences. For that purpose, the approach used throughout this research is focused essentially in conceptual and structural aspects. In order to develop this analysis, a specific approach to imputation theory and action theory is applied. After having undergone a particular examination, those theoretical tools are applied in order to propose a coordinated analysis of the modalities of criminal participation and the forms of subjective imputation. Once the object, structure and elements of co-perpetration have been established, their application to the negligent wrongful is sustained and developed. In order to do so, firstly, the set of criticisms that accuse of an alleged incompatibility is answered, as well as a study of the main proposals in the current state of the debate that do recognize this possibility is developed. Then, based on the conceptual framework of the imputation and action theories, an analysis model that links the internal requirements of both co-perpetration and negligence is proposed. This same structure will be applied to improper omission offences. The research ends by offering a delimitation with other instances of plurality of authorship in negligent crimes, which do not satisfy the requirements of co-perpetration.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN	21
PRIMERA PARTE. AUTORÍA E IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN	27
CAPÍTULO PRIMERO. LA RELACIÓN ENTRE NORMA E IMPUTACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA: BREVE ESBOZO	27
I. El delito como quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento.....	27
1. La distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción	27
2. La distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación.....	31
II. La prioridad de análisis de la identificación del objeto con respecto a los criterios de una eventual imputación. A la vez, sobre la distinción entre antinormatividad e infracción de deber.....	33
III. Dos niveles y dos formas de imputación	46
IV. Recapitulación	50
CAPÍTULO SEGUNDO. LAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DELICTIVA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN	51
I. Concepciones unificadoras versus concepciones diferenciadoras de interviniente	51
1. Delimitaciones conceptuales preliminares.....	51
2. Principales concepciones unificadoras y diferenciadoras.....	55
2.1. Concepciones unificadoras ortodoxas	55
2.1.1 Concepción unificadora de base causal.....	57
2.1.2. Concepción unificadora clasificatoria	58
2.2. Concepciones diferenciadoras	59
2.2.1. Concepciones extensivas y subjetivistas	60
2.2.2. Concepciones objetivo-formales	61

2.2.3. Concepciones objetivo-materiales. En particular: el dominio del hecho, la pertenencia del hecho y la determinación objetiva y positiva del hecho	64
2.2.4. Concepciones diferenciadoras basadas en los principios de autonomía y de autorresponsabilidad.....	70
2.2.5. Concepciones diferenciadoras con anclaje normativista.....	71
2.3. Teoría de la intervención delictiva con base funcionalista	74
II. Autoría y participación como categorías adscriptivas: presentación del modelo	79
1. Aspectos preliminares	79
1.1. Sentido del problema acerca del concepto de autor: breve aproximación	79
1.2. Fundamento y ventajas de un sistema diferenciador de interviniente.....	83
2. Autoría y participación como problemas de imputación	88
2.1. Crítica al tratamiento tradicional de la diferencia entre autoría y participación como un asunto de antinormatividad	89
2.2. Análisis de las modalidades de autoría y participación como categorías adscriptivas.....	92
2.2.1. Una diferencia preliminar: objeto, criterio, base, estructura y título de imputación. A la vez, sobre el sentido y alcance del principio de responsabilidad por el propio hecho en la intervención delictiva.....	92
2.2.2. Consecuencias del carácter estrictamente adscriptivo de las modalidades de intervención delictiva	97
2.3. Las formas de autoría como estructuras agenciales	100
2.3.1. Autoría, acción e imputación: aspectos generales.....	100
2.3.2. La autoría directa como estructura básica para la imputación de un hecho a título propio	104
2.3.3. La autoría mediata como imputación a título propio de un hecho (<i>prima facie</i>) perteneciente a otro	108
2.3.4. La coautoría como imputación a título propio (o compartido) de un hecho realizado conjuntamente. Remisión	113
2.4. La accesoriidad como estructura de imputación de un hecho ajeno con base en un comportamiento propio	113
III. Recapitulación	121
 CAPÍTULO TERCERO. IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA	 123
I. Dolo e imprudencia como estructuras de imputación	123

1. Introducción. Dolo e imprudencia como categorías adscriptivas	123
2. La imprudencia como <i>aliud</i> frente al dolo	125
3. Dolo como estructura de imputación ordinaria.....	132
II. Imprudencia como estructura de imputación extraordinaria	141
1. Acción, imprudencia y evitabilidad	141
2. Exigencias de cuidado e injusto imprudente.....	146
2.1. Función de las llamadas “exigencias de cuidado”. A la vez, breves consideraciones críticas sobre dos compresiones del injusto imprudente.....	146
2.2. Identificación, modalidades e infracción del concreto cuidado exigible	153
2.3. Excurso: sobre la distinción entre consciencia fenoménica y disposicional como modalidades de infracción del cuidado exigible	162
III. Recapitulación	165
CAPÍTULO CUARTO. POSIBILIDAD Y DEFENSA DE UNA CONCEPCIÓN DIFERENCIADORA DE INTERVINIENTE EN EL INJUSTO IMPRUDENTE.....	167
I. Concepciones de autoría e injusto imprudente: breve decurso de la discusión	167
1. A modo de introducción: concepciones unificadoras, extensivas y exclusivas de autor en el injusto imprudente.....	167
2. Consideraciones al hilo del predominio de las concepciones diferenciadoras en la dogmática española.....	172
3. Consideraciones al hilo del predominio de concepciones unitarias y extensivas en la dogmática alemana	180
II. Bases teóricas del modelo de análisis propuesto	189
1. Enclave sistemático del problema acerca de la relación entre autoría e imputación subjetiva	189
2. Intervención delictiva e imputación subjetiva: reglas de imputación lógicamente independientes, pero pragmáticamente dependientes	195
3. Implicancias particulares para la relación entre autoría e imprudencia.....	202
4. Estatus adscriptivo de la imprudencia y relectura de su disciplina incriminatoria cerrada.....	206
5. Sobre la necesidad de distinguir entre autor y partícipe en el injusto imprudente	213
III. Balance de la <i>Primera Parte</i> de la investigación	217

SEGUNDA PARTE. COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE: ELEMENTOS PARA SU ELABORACIÓN DOGMÁTICA	223
--	-----

CAPÍTULO QUINTO. COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN: FUNDAMENTO, ESTRUCTURA Y PRESUPUESTOS	225
---	-----

I. Sobre la posibilidad de una acción conjunta como fuente compartida de responsabilidad personal.....	225
--	-----

1. Aproximación al problema desde algunas teorías analíticas de la acción	225
---	-----

1.1. Aplicación del individualismo metodológico ejemplificado en una tesis reductivista	228
---	-----

1.2. La tesis del sujeto plural como intento de superación del reductivismo.....	229
--	-----

1.3. El reconocimiento de un estado intencional con contenido conjunto o compartido como marca de una acción conjunta	230
---	-----

2. Hacia una noción irreductible y pragmáticamente orientada de acción conjunta.	232
--	-----

2.1. Sobre la diferencia entre contenido, actitud, modo y sujeto de un estado intencional	232
---	-----

2.2. “El todo no equivale a la (mera) suma de sus partes”: el problema y el método composicional en una acción conjunta.....	234
--	-----

II. Panorama sinóptico de la discusión jurídico-penal: principales teorías en torno al fundamento de la coautoría.....	240
--	-----

1. Comprensiones predominantemente reduccionistas de la coautoría	241
---	-----

1.1. Teorías objetivo-formales: breve recapitulación.....	241
---	-----

1.2. Coautoría como combinación de autoría directa y autoría mediata	242
--	-----

1.3. Coautoría como inducción recíproca.....	245
--	-----

1.4. El dominio funcional del hecho: breve recapitulación.....	247
--	-----

2. Comprensiones colectivistas de la coautoría	248
--	-----

2.1. La antigua teoría del complot.....	248
---	-----

2.2. La tesis del sujeto colectivo	249
--	-----

2.3. Coautoría como sistema simple de injusto	251
---	-----

2.4. Coautoría como mancomunidad normativa	252
--	-----

3. Ponderación crítica y reconsideración global	254
---	-----

3.1. ¿Coautoría como una pluralidad de autorías individuales? En contra de una tendencia ortodoxa al isomorfismo	254
--	-----

3.2. De luces y sombras en las lecturas colectivistas y normativistas de la coautoría	260
---	-----

III. Objeto, fundamento y estructura de la coautoría como modalidad de intervención delictiva	263
1. Aspectos preliminares sobre el concepto jurídico-penal de coautoría: su irreductibilidad y carácter constitutivo	263
2. Objeto de la imputación y objeto de la coautoría	266
3. Una relación de agencia compartida como fundamento de coautoría (remisión)..	269
4. Estructura interna de la coautoría	272
4.1. Alcance y función del principio de imputación recíproca.....	272
4.2. Excurso: coautoría y representación recíproca.....	278
4.3. Coautoría como unidad típica de acción	280
4.4. Una precisión: la distinción entre acción (u omisión) conjunta y coautoría..	289
IV. Presupuestos de la responsabilidad penal del coautor	290
1. El nexo intersubjetivo entre potenciales coautores	291
1.1. Algunas de las fórmulas tradicionales de articular el nexo intersubjetivo	291
1.2. Relativización y renuncia de la necesidad de un nexo intersubjetivo. Breve exposición y crítica.....	294
1.3. Convergencia en los planos cognitivo e intencional entre los potenciales coautores.....	297
1.3.1. Consistencia en los compromisos doxásticos de los coautores.....	298
1.3.2. Compromisos prácticos compartidos entre coautores y el principio de contrafactividad de la imputación	303
1.3.3. Objetividad de la operación adscriptiva de estos compromisos.....	308
2. Calidad y medida necesarias de los aportes bases para una imputación a título de coautoría.....	312
2.1. Interdependencia funcional de las contribuciones como base de una relación simétrica	312
2.2. El rol de la causalidad en la fundamentación de la responsabilidad individual del coautor	319
2.2.1. Trasfondo del problema	319
2.2.2. Las contribuciones de los coautores como partes componentes de una acción conjunta	320
2.2.3. Factibilidad de la “coautoría aditiva” y de la “coautoría alternativa” (remisión)	324
2.3. Coautoría y aportes previos a la fase ejecutiva	329
2.3.1. Presentación del problema y posibles soluciones	329

2.3.2. Notas sobre las dimensiones de la noción de autoridad en el razonamiento práctico. A la vez, factibilidad de la llamada “coautoría vertical”	335
V. Recapitulación	339
CAPÍTULO SEXTO. COAUTORÍA E INJUSTO IMPRUDENTE: ASPECTOS GENERALES	341
I. Introducción. Algunas constelaciones como guía de trabajo	341
II. Análisis crítico sobre la presunta ilegitimidad e inviabilidad teórica de una coautoría en el injusto imprudente	343
1. La supuesta infracción del principio de legalidad y el recurso a un razonamiento analógico <i>in malam partem</i>	344
2. Sobre la presunta extensión desmesurada de la responsabilidad penal	347
3. ¿Falta de necesidad de una coautoría en el injusto imprudente?	349
4. ¿Imposibilidad de una “resolución conjunta al hecho”?.....	352
5. ¿Ausencia de un fundamento para la imputación recíproca?.....	358
6. El carácter individual de la contrariedad a cuidado	362
7. ¿Falta de realización conjunta del hecho?	364
III. Soluciones alternativas a la coautoría imprudente	368
1. La imputación de autorías directas paralelas	369
2. La solución basada en la comisión por omisión	374
3. Comisión conjunta (no constitutiva de coautoría) de un delito imprudente	377
IV. Presentación y análisis estructural de algunas de las posibilidades constructivas para una coautoría imprudente	382
1. Algunas alternativas sobre el vínculo intersubjetivo exigible entre coautores de un injusto imprudente	383
1.1. Consciencia de actuar u omitir conjuntamente	383
1.2. Acuerdo, proyecto o decisión conjunta de realizar una acción descuidada o riesgosa.....	386
1.3. Separación total del nexo intersubjetivo entre los coautores y los criterios de imputación subjetiva	394
1.4. Falta de necesidad de un vínculo intersubjetivo entre los coautores.....	398
2. Algunas alternativas de cara a la fundamentación del carácter conjunto de una infracción de deber imprudente	404
2.1. Algunas formas de enfatizar el carácter colectivo de la realización del tipo y/o del comportamiento contrario a cuidado.....	404

2.2. Identidad del “deber de cuidado” al que están sometidos los coautores o carácter unitario de su infracción.....	407
2.3. Creación o incremento conjunto de un riesgo jurídicamente desaprobado....	410
2.4. La competencia conjunta o concurrente sobre una o varias fuentes de peligro	412
V. Balance provisional	415
CAPÍTULO SÉPTIMO. COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE: APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS PROPUESTO.....	417
I. Consideraciones preliminares de orden conceptual: ¿coautoría imprudente, coautoría en el delito imprudente o coautoría en un injusto imprudente?.....	417
II. Esquema de análisis que se propone: inevitabilidad evitable conjunta de la realización del hecho.....	425
III. Realización del hecho por un comportamiento conjunto deficitario.....	427
1. Realización conjunta del hecho	427
1.1. Realización conjunta y unidad típica de acción	427
1.2. Algunas constelaciones paradigmáticas y complejas desde una perspectiva causal.....	432
1.3. Casos en que falta una realización conjunta del hecho	443
1.3.1. Ausencia de una acción conjunta (como unidad típica de acción). A su vez, delimitación con potenciales hipótesis de autoría mediata y de participación.....	443
1.3.2. Especial referencia a los casos de carreras en el tráfico viario	452
1.3.3. Consideraciones sobre la llamada “cuasi-coautoría” imprudente	462
2. Inevitabilidad conjunta en la realización del hecho: sobre la exclusión de coautoría en un injusto doloso como presupuesto	471
IV. Evitabilidad conjunta de la realización (inevitable) del hecho.....	482
1. Acción conjunta contraria al cuidado exigido	483
1.1. Plano intersubjetivo de la acción conjunta contraria al cuidado exigido	484
1.2. Aspecto material de la acción conjunta contraria a cuidado	494
2. Contrariedad a cuidado de la acción conjunta	498
2.1. Sobre la posibilidad de la infracción unitaria de una exigencia de cuidado ..	498
2.2. Concreción de la exigencia de cuidado a partir del modelo del silogismo práctico	507
2.3. Carácter individualizador del juicio de imputación por la infracción conjunta de una exigencia de cuidado	515

2.4. El riesgo permitido y el principio de confianza como límites al cuidado jurídicopenalmente exigible.....	524
2.5. El nexo de imputación entre la acción conjunta contraria a cuidado y la realización conjunta del hecho	530
2.5.1. Comportamientos (conjuntos) alternativos conforme a cuidado.....	532
2.5.2. El “ámbito de protección de la norma”	540
2.5.3. Actuación a propio riesgo	544
V. Recapitulación	546

CAPÍTULO OCTAVO. ALGUNOS PROBLEMAS PARTICULARES Y OTROS VINCULADOS CON LA COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE

I. Coautoría entre co-garantes omitentes por imprudencia.....	547
1. Aspectos generales de los delitos omisivos como quebrantamiento imputable de una norma de requerimiento	547
2. Vigencia y ventajas de un concepto diferenciado de interviniente en los delitos omisivos.....	552
3. La imputación de un delito impropio de omisión por imprudencia y a título de coautoría entre co-garantes	557
3.1. La infracción conjunta de una norma de requerimiento como presupuesto de la coautoría en un delito omisivo	557
3.2. Co-garantes omitentes como potenciales coautores.....	567
3.3. Co-garantes omitentes por imprudencia.....	570
II. Coautoría en el injusto imprudente y decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados: algunas consideraciones	579
1. Delimitación del objeto de análisis y aspectos preliminares	579
2. Esbozo de las posibles modalidades de intervención delictiva aplicables a propósito de la ejecución de decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados.....	580
3. Aplicación de los presupuestos generales de una coautoría en el injusto imprudente	584
4. Breves consideraciones sobre la posibilidad de imputar un delito impropio de omisión <i>qua</i> coautores a miembros de un órgano colegiado	593
III. Otras instancias de pluralidad de autores en injustos imprudentes y su delimitación con la coautoría.....	600
1. Autorías paralelas en injustos imprudentes	600

1.1. Consideraciones sobre el estatus categorial de la llamada “autoría paralela” y sus posibilidades de aplicación.....	600
1.2. Posibles escenarios de autorías paralelas por imprudencia.....	606
1.2.1. Supuestos de causalidad cumulativa en injustos imprudentes	607
1.2.2. Supuestos de causalidad alternativa en injustos imprudentes	613
1.2.3. Concurrencia de autoría mediata y autoría directa por imprudencia	615
1.2.4. Convergencia de agentes actuantes y omitentes imprudentes.....	618
1.2.5. Pluralidad de intervinientes y actuaciones sucesivas contrarias a cuidado .	623
2. Excurso: la concurrencia de comportamientos imprudentes	627
3. ¿Coautoría con criterios de imputación subjetiva divergentes?.....	632
IV. Recapitulación.....	640
CONCLUSIONES FINALES.....	643
JURISPRUDENCIA CITADA.....	657
BIBLIOGRAFÍA	659

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales
alic	actio libera in causa
apdo.	Apartado
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
art./arts.	Artículo/Artículos
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo de Baviera)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cfr.	Confróntese
Cap.	Capítulo
comp./comps.	Compilador/a, Compiladores/as
coord./coords.	Coordinador/a, Coordinadores/as
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPCh	Código penal chileno
CPE	Código penal español
CPI	Código penal italiano
dir./dirs.	Director/a, Directores/as

DJP	Doctrina y Jurisprudencia Penal
DPC	Diritto Penale Contemporaneo
ed./eds.	Editor/a, Editores/as
Ed.	Edición
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
et al.	Et alii
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
HRRS	HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
Lección	lecc.
LG	Landgericht (Tribunal del Land)
LH	Libro Homenaje
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch

Matt/Renzikowski	Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch: StGB Kommentar
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nm./s	Número/s
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)
ÖStGB	österreichische Strafgesetzbuch (Código penal austríaco)
p./pp.	Página/s
PE	Parte Especial
PG	Parte General, Parte Generale
PJ	Poder Judicial
Polít. Crim.	Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales
RCDCP	Revista chilena de Derecho y Ciencias Penales
RChD	Revista chilena de Derecho
RCP	Revista de Ciencias Penales
RD	Revista de Derecho (Valdivia)
RDPC	Revista de Derecho penal y criminología
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
RECPC	Revista Electrónica Ciencia Penal y Criminología
reimp.	Reimpresión

REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RGSt.	Repertorio de jurisprudencia penal del Tribunal Supremo del Imperio alemán
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RP	Revista Penal
s./ss.	Siguiente/s
Schönke/Schröder-StGB	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
t.	Tomo
TOP	Tribunal Oral en lo Penal (Chile)
trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
vol.	Volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

Entre sus rasgos fundamentales, la responsabilidad jurídico-penal se caracteriza por ser eminentemente personal. Por esto, el principal y más básico desafío que al respecto plantea la fundamentación de una eventual responsabilidad penal a título de coautoría, como específica modalidad de intervención delictiva, justamente descansa en conciliar dicha estructura de imputación con el principio de responsabilidad por el propio hecho. Las dimensiones de este problema se acentúan cuando se trata de hechos “nada más que” imputables a título de imprudencia. Pues, desde luego, si no parece de recibo en modo alguno una responsabilidad penal colectiva, menos podría serlo la imputación de “culpas ajenas”. Debido a lo anterior, de manera preliminar, cabría anticipar que la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente no es una estructura de imputación cuya justificación resulte sin más evidente.

A pesar de lo anterior, nuestras propias prácticas cotidianas permiten advertir que, tras aquella posibilidad, en realidad, no se esconde nada misterioso, ni tampoco anómalo. En cualquier actividad humana es perfectamente plausible, amén de regular, que enunciados de responsabilidad, tanto laudatorios como condenatorios, se encuentren dirigidos a una pluralidad de destinatarios. Por ejemplo: “a tales académicos pertenece el mérito de este valioso libro”; “a tales otros, el fracaso de este proyecto de investigación”; “gracias a tales arquitectos la construcción de este edificio fue todo un éxito”; “ha sido culpa del equipo médico que la operación quirúrgica saliera mal”, etc.

La posibilidad de “fracasos conjuntos” está continuamente presente en la vida cotidiana. De hecho, nada extraño es que precisamente una de las dificultades de reconocerse situado en una creencia errónea reside en el hecho de compartir esa misma representación deficitaria de la realidad con otro u otros. Tampoco resulta en absoluto extravagante que dos o más sujetos, al actuar conjuntamente, estén dispuestos a tomar decisiones y ejecutar acciones probablemente más arriesgadas que las que adoptarían o ejecutarían en caso de actuar individualmente¹.

Pese a que la coautoría y la imprudencia representan dos temas fundamentales al interior de la teoría del delito, y de que la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente no es en absoluto una novedad, los grupos de categorías a los que pertenecen la coautoría y la imprudencia históricamente han sido desarrollados de forma plenamente independiente, por no decir de manera aislada. Por una parte, el desarrollo de las

¹ Fenómeno que suele denominarse “*risky shift*”. Cfr. ROBINSON, *Distributive principles of criminal Law. Who should be punished how much?*, 2008, p. 30.

modalidades de intervención delictiva desde siempre ha estado ligado al injusto doloso. A ello ha contribuido la perenne controversia acerca de si un sistema diferenciado de autor es compatible con el régimen de *numerus clausus* bajo el cual generalmente se encuentra sometida la disciplina incriminatoria de la imprudencia, así como también la suposición de que las modalidades de intervención delictiva serían conceptualmente incompatibles con el injusto imprudente. Por otra parte, los presupuestos internos del delito imprudente han tendido a ser desarrollados exclusivamente a partir de la autoría directa. En especial, esto último se encuentra ligado al carácter estrictamente individual que tiende a asignarse a la noción de “deber de cuidado”.

Desde hace un par de décadas, sin embargo, este escenario ha cambiado drásticamente. Especialmente con ocasión de la discusión doctrinal suscitada por la responsabilidad penal que puede originarse a partir de decisiones adoptadas por órganos colegiados, comenzaron a sucederse una serie de trabajos específicamente enfocados en la posibilidad de conciliar las estructuras de la coautoría y de la imprudencia². Debido a esto, ya en 2004 Puppe identificaba una “revolución en la teoría de la coautoría”, en atención al creciente número de investigaciones dedicadas a esta “figura jurídica”³.

Dada la notoria repercusión práctica y la multiplicidad de escenarios —*v. gr.*, médico, empresarial, medio ambiental, en el tráfico viario, en el ámbito de la construcción, entre muchos otros— que puede abarcar, el planteamiento de la controversia tiende a volverse inevitable. Lo anterior se debe a que, aun cuando sea para rechazar esta estructura de imputación, de todos modos, debe hallarse una respuesta a varios grupos de casos para los cuales la afirmación de una pluralidad de autorías directas (paralelas) tampoco resulta precisamente sencilla. Entre tales grupos de casos se encuentran fundamentalmente los de resultados sobrecondicionados y aquellos en los que existe incertidumbre en el nexo causal entre varios comportamientos individuales imprudentes y la producción de un determinado resultado.

Además del interés práctico recién señalado, la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente necesariamente debe ser objeto de indagación en ordenamientos cuyos códigos penales no establecen, de manera expresa y concluyente, que el sistema

² En la dogmática española destacan las monografías de ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 561 y ss.; y SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 159 y ss. Entre los trabajos publicados en Alemania, por ejemplo, KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft, passim*, 1999; SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, passim*, 2001; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit: ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln, passim*, 2006. Rechazándola, en cambio, KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft, passim*, 2006; BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft, passim*, 2017.

³ PUPPE, «Wider die fahrlässige Mittäterschaft», GA (2004), p. 129.

diferenciado de intervención delictiva es aplicable tanto al injusto doloso como al imprudente. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en España y Chile, en donde, a pesar de que puedan existir buenas razones para afirmar la vigencia de un sistema uniforme de intervención, la presencia del antes mencionado régimen de *numerus clausus* en la imprudencia torna necesario un análisis detenido al respecto.

En atención a las consideraciones recién efectuadas, uno de los principales objetivos de esta investigación consistirá en explorar, primero, a nivel general, la compatibilidad de un sistema diferenciado de intervención delictiva con la estructura interna del injusto imprudente. Posteriormente, el análisis se concentrará en la coautoría en esta clase de injusto.

Las preguntas que se plantearán y abordarán en esta investigación serán fundamentalmente de índole conceptual. Por esto, el planteamiento metodológico aplicado priorizará cuestiones de orden estructural, antes que fenomenológico. Ello implicará privilegiar el análisis de las relaciones susceptibles de identificar con otras categorías de la teoría del delito que puedan resultar involucradas, tales como la delimitación de la coautoría con las formas de autoría individual y de participación, o la delimitación entre dolo e imprudencia. También procurará ponerse en contacto la estructura de la coautoría en el injusto imprudente con la dogmática de los delitos improprios de omisión, la llamada autoría paralela, o la actuación a propio riesgo. En cambio, por la naturaleza del enfoque metodológico asumido, y porque se trata de una aproximación de índole estructural, no se realizará un estudio pormenorizado de los múltiples y muy diversos sectores específicos en donde podría tener aplicación el modelo de análisis que se propondrá, con la excepción del caso de las decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados, que servirá como banco de pruebas en el último capítulo de esta investigación.

La *Primera parte* de este trabajo estará destinada a desarrollar un análisis, primero individual, de la estructura de las modalidades de intervención delictiva y de los criterios de imputación subjetiva, para sobre esta base, posteriormente, ofrecer un análisis coordinado de ambas cuestiones. Esta opción metodológica descansa no solo en el hecho de que sería inapropiado discurrir sobre la coautoría sin investigar previamente su relación con las demás modalidades de intervención delictiva, así como tampoco cabría analizar la estructura de la imprudencia sin antes haberla delimitado del dolo, sino principalmente porque la asunción de una concepción diferenciadora de intervención es condición necesaria para la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente. Por lo demás, la aplicación coordinada de estas dos estructuras de imputación —coautoría e imprudencia— presupone haber situado conceptual y sistemáticamente la pregunta sobre

la autoría en la economía interna de la teoría del delito. En efecto, la articulación de una coautoría en el injusto imprudente puede ser diametralmente distinta si, por ejemplo, se asume que la primera de ellas involucra una pregunta de “tipo objetivo”, o bien, si, por el contrario, se asume que la condición de coautor exige la imputación subjetiva o incluso la culpabilidad de todos los intervinientes en cuestión. La solución preliminar de este tipo de asuntos estructurales es cardinal para abordar preguntas ulteriores, por ejemplo: la de si los requisitos de la coautoría varían o no, según si se trata de un injusto doloso o imprudente; o la pregunta acerca de la factibilidad de una coautoría entre un agente doloso y otro imprudente.

Para emprender el análisis de tales asuntos, en esta investigación se favorecerá y aplicará un determinado modelo teórico en la construcción del hecho punible, sustentado a su vez en una concreta teoría de la imputación y en una determinada aproximación a la teoría de la acción. Por supuesto, en la doctrina penal existe una plétora de modelos teóricos que toman como apoyo los conceptos de imputación y de acción. Sin embargo, como tales, dichos conceptos no constituirán el objeto de esta investigación; más bien, a partir de una determinada comprensión de estos se tomarán prestadas herramientas conceptuales para su aplicación a la coautoría en el injusto imprudente.

Con arreglo a una aproximación analítica, en la *Primera parte* esencialmente se procurará poner en contacto tres categorías fundamentales: autoría, imprudencia y acción. A partir de una sintética exposición, en el *Capítulo primero* se presentarán las líneas básicas del modelo teórico de hecho punible que se aplicará a lo largo de la investigación. Luego de acoger la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, intentará sustentarse la posibilidad y conveniencia de diferenciar también reglas de imputación. A partir de lo anterior, se insistirá igualmente sobre la utilidad de la distinción entre objeto y fundamento de imputación. En el *Capítulo segundo* se revisarán algunos de los principales modelos de intervención delictiva en la discusión actual, para luego proceder a sustentar las razones que hacen preferible seguir un sistema diferenciador. El objetivo fundamental de este capítulo consistirá en dar cuenta del estatus adscriptivo que caracteriza a todas las modalidades de intervención delictiva, y en mostrar que su denominador común descansa en que cada una de ellas se encuentra fundada en una particular relación agencial con el hecho que es objeto de eventual imputación. En el *Capítulo tercero* se trabajará la distinción entre dolo e imprudencia, como criterios de imputación subjetiva. Defendiendo también el carácter adscriptivo de tales categorías, se enfatizará su relación con la noción de capacidad de acción y, con ello, su estatus de formas diferenciadas de evitabilidad. Después de revisar los argumentos favorables a un sistema diferenciador de intervención en el injusto imprudente, en el *Capítulo cuarto* se

intentará ofrecer un análisis coordinado de la relación entre los conceptos de autoría e imprudencia.

Los desarrollos previos serán aplicados a la coautoría en la *Segunda parte* del presente trabajo. En ella, se planteará y responderá la pregunta acerca de la posibilidad jurídica y plausibilidad teórica de una coautoría en el injusto imprudente. Para lo anterior, el análisis nuevamente se dividirá en cuatro capítulos. En el *Capítulo quinto*, luego de presentar una aproximación al concepto de acción conjunta, se ofrecerá un tratamiento del objeto, estructura y presupuestos de la coautoría como criterio de imputación. La razón por la cual no se descenderá inmediatamente en la pregunta por su aplicación al injusto imprudente descansa precisamente en el favorecimiento de una “concepción unitaria” de coautoría, esto es, una noción con fundamento y estructura común a toda clase de injusto. Por esto, en la rúbrica de la presente investigación no se hace referencia a una “coautoría imprudente”, sino a una coautoría *en el* injusto imprudente. Luego, en el *Capítulo sexto* básicamente se expondrán y analizarán las críticas que han sido dirigidas en contra de la aplicación de la coautoría al injusto imprudente, así como también las soluciones alternativas que sus detractores ofrecen para resolver ciertos grupos de casos problemáticos. Del mismo modo, serán revisadas las principales propuestas constructivas desarrolladas por parte de quienes, desde diversos sectores doctrinales, sí consideran factible esta estructura de imputación. El *Capítulo séptimo* contiene el modelo de análisis propuesto. En él se aplicarán los desarrollos de la *Primera parte* de este trabajo, relativos a la relación entre autoría e imprudencia, junto con el modelo de coautoría defendido en el *Capítulo quinto*. En términos básicos, se tratará de razonar la aplicación de la coautoría en clave de injusto imprudente, y, a su vez, del injusto imprudente en clave de coautoría. El *Capítulo octavo* cerrará la presente investigación con un análisis de problemas particulares y otros afines a la estructura de imputación trabajada previamente. En primer lugar, se aplicará el modelo de análisis propuesto de coautoría en el injusto imprudente a los delitos impropios de omisión. La razón por la cual se ofrece un tratamiento específico de dicho problema descansa no solo en su alta relevancia práctica, sino en que el reconocimiento de una coautoría en delitos omisivos también suele someterse a la objeción de una presunta falta de necesidad. Este argumento será analizado especialmente con motivo de los problemas de imputación que suscitan las decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados. La investigación finalizará con un análisis de la así llamada autoría paralela, con el propósito de contrastar los rasgos fundamentales de estas instancias de pluralidad de autorías con la de una coautoría en el injusto imprudente. Ello permitirá cerrar este trabajo retornando a la relación entre una tríada de categorías: acción (conjunta), imputación subjetiva y (co)autoría.

PRIMERA PARTE. AUTORÍA E IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. LA RELACIÓN ENTRE NORMA E IMPUTACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA: BREVE ESBOZO

I. El delito como quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento

1. La distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción

Por delito puede entenderse el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Ya de esta sintética definición surge la necesidad de especificar cuál es la norma cuyo quebrantamiento imputable podría ser constitutivo de un hecho delictivo. Para ello, la dogmática penal frecuentemente —aunque no de manera unánime— se sirve de una *summa divisio*: norma de comportamiento y norma de sanción⁴. Las primeras prohíben, requieren o permiten la realización de cierta clase de acciones; las segundas, en cambio, establecen las condiciones bajo las cuales, una vez verificado el supuesto de hecho descrito en ellas, el órgano adjudicador queda habilitado para aplicar y ordenar la ejecución de una determinada consecuencia jurídica, constituida de manera paradigmática por una pena⁵. Como se sabe, el mérito de haber identificado y esclarecido la relación entre ambas clases de normas pertenece a Binding, quien, bajo la distinción entre norma y ley penal, señalara que el autor no transgrede la ley que dispone la clase y forma de su condena, sino que, por el contrario, la cumple; lo que contradice, en cambio, es una norma distinta a la ley penal⁶. Sin perjuicio de esto, el abolengo filosófico de esta diferencia puede rastrearse hasta los precursores de la tesis acerca del carácter accesorio del Derecho penal⁷.

⁴ Al respecto, y sin pretensión de exhaustividad, AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 10 y ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 2004, pp. 361 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2016, lecc. 2/2 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 614 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 505 y ss., 589 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 y ss.

⁵ A propósito de la norma de sanción, se opta por la expresión “habilitado”, en vez de obligado, en referencia al órgano adjudicador, para favorecer una de al menos dos lecturas factibles. La primera, y probablemente la más arraigada en doctrina penal, aprecia también en la norma secundaria un estándar de comportamiento, con la particularidad de encontrarse dirigido al juez. En cambio, la alternativa que aquí se acoge entiende que la norma de sanción es una proposición jurídica que autoriza el ejercicio del Derecho de punir. Si los jueces quedan obligados a aplicar la norma primaria no es porque la de sanción encuentre en ellos su destinatario, sino dada la existencia de normas especiales que los vinculan al desempeño de sus cargos. En este sentido, véase HART, *The Concept of Law*, (1960), 3ª ed., 2012, pp. 99 y ss., para quien las normas secundarias (entre las que, a su vez, distingue: normas de reconocimiento, normas de cambio y normas de adjudicación) reciben dicha denominación por estar referidas a otras reglas primarias (de obligación), pero no imponen por sí mismas obligaciones, sino que confieren potestades.

⁶ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. I, 4ª ed., 1965 (1922), pp. 3 y ss.

⁷ Entre ellos cabe registrar a Hobbes, Pufendorf, Bentham y Rousseau. Sobre esto último, véase GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, 2015, pp. 29 y ss.; RENZIKOWSKI, «Normentheorie als

Pero la admisión de esta distinción no es generalizada. Sabido es que solo las normas de sanción se encuentran expresamente formuladas en los enunciados de las leyes penales, no así, sin embargo, las normas de comportamiento. Con todo, al reconocerse la existencia de estas últimas no se infringe el principio de legalidad, pues de la norma de sanción puede identificarse, vía formulación contradictoria de su supuesto de hecho, la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento opera como condición para la aplicación de la primera (es decir, de la norma de sanción)⁸. Nótese que no se trata de una operación lógico-deductiva, pues afirmar que el contenido de una norma de comportamiento se deja *identificar* vía formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción es muy distinto a decir que la primera esté implicada en la segunda, o bien, que la norma de comportamiento sea la propia norma de sanción, pero en una versión invertida. En efecto, no es que, en este caso, se trate de una misma norma que se expresa de dos maneras distintas, sino que, más bien, de un solo enunciado lingüístico a partir del cual pueden formularse dos normas de distinta clase. Pues no ha de perderse de vista, por lo demás, que el *leitmotiv* de esta taxonomía es encontrar algún fundamento externo a la aplicación de una sanción, por lo que, si la *existencia* de las normas de comportamiento se hiciera depender de sus correspondientes normas de sanción, perdería todo sentido su distinción. Dicho con otras palabras, metodológicamente, conviene también aquí diferenciar nítidamente el modo de conocer un objeto con el objeto mismo. De este modo, las respectivas normas de comportamiento se dejan reconocer por medio de una inferencia pragmática⁹, esto es, a partir de las normas de sanción, sin que dicha operación obste a su diferenciación categorial.

De otra parte, esta distinción también ha sido cuestionada por presuntamente innecesaria, en atención a la supuesta autosuficiencia de las normas de sanción¹⁰. Sin embargo, desde semejante punto de vista —como lo advirtiera ya Hart— las sanciones serían

Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre», *ARSP*, 87 (2001), pp. 111 y s. Asimismo, la tesis acerca del carácter secundario del Derecho penal puede apreciarse nítidamente también en DURKHEIM, *La división del trabajo social* (trad. por Posada), 6ª ed., pp. 83 y ss.

⁸ En ese sentido, BINDING, *Die Normen*, vol. I, 4ª ed., p. 42, ya sostenía que el autor hace exactamente aquello que la prohibición quiere que omita, de manera que “su acción y el comportamiento ordenado se encuentran en oposición contradictoria”.

⁹ VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal* (tesis doctoral inédita), 2018, p. 124; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 28 y 31. Para la identificación de la norma primaria como asunto de interpretación, cfr. MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 295 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 509 y s.; WEINBERGER, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, 1988, p. 90: “[s]i uno sabe que una regla jurídica es una norma penal, entonces uno sabe que rige —al menos de manera implícita— una norma primaria cuya lesión es condición de la pena”.

¹⁰ Este extremo se retrotrae a la crítica que dirigiera Kelsen a la teoría de las normas de Binding. Para una revisión de las aristas fundamentales del argumento en la discusión más contemporánea, RENZIKOWSKI, *ARSP*, 87 (2001), pp. 112 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 18 y ss.

aprehendidas por los ciudadanos como simples consecuencias jurídicas desagradables¹¹, pasando por alto que, antes de su aplicación, el Derecho ha suministrado razones para que los sujetos no realicen el supuesto de hecho descrito en la norma de sanción, razones que, al ser desatendidas por ellos, constituyen un fundamento para la sanción en tanto que reacción frente a ese comportamiento (antinormativo).

A lo señalado pueden añadirse diferencias ulteriores entre ambas clases de normas. La primera de tales es de orden teleológico. Las normas de comportamiento están dirigidas a la protección de bienes jurídicos. Respecto de esta función, que atañe a la organización jurídica en su conjunto, el Derecho penal solo ejerce una labor indirecta¹². Mediante sus respectivas normas de sanción, y como lo anticipa su nombre, el Derecho penal castiga las ofensas contra tales bienes jurídicos, por lo que sus normas operan únicamente en refuerzo de la protección que habrían de dispensar las normas de comportamiento. Así, que las normas de comportamiento se encuentren reforzadas por la sanción penal no solo preuncia el carácter secundario de esta última, sino que también la índole subsidiaria de su intervención¹³.

En segundo lugar, las normas de comportamiento y las normas de sanción se distinguen también desde el punto de vista de su estructura: mientras que las segundas constituyen enunciados jurídicos hipotéticos o condicionales, que se construyen bajo dependencia de las normas de comportamiento, las que, en cambio, son juicios categóricos o incondicionales, que conceptualmente —sin perjuicio de lo que atañe a los

¹¹ HART, *The Concept of Law*, pp. 39 y ss., con el célebre argumento de que, al prescindir de normas de comportamiento, ya no podría distinguirse entre pena e impuesto. Próximo, WEINBERGER, *Norm und Institution*, pp. 90 y s., quien señala que la identificación de una norma primaria no es superflua, en tanto que permite presentar a la pena como consecuencia del injusto (*ibidem*, p. 159). MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 627, caracteriza a las normas de comportamiento como “verdadero núcleo del Derecho”, por lo que es inimaginable un ordenamiento que no las contenga. Por su lado, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, p. 20, puntualiza acertadamente que, privado de una “interpretación deóntica”, el Derecho penal se convierte en un “puro fenómeno de poder”. En referencia crítica a una tesis monista (particularmente a la de Hoyer), invoca también la función de orientación de las normas de comportamiento, RENZIKOWSKI, *ARSP*, 87 (2001), pp. 121 y s. Así ya BINDING, *Die Normen*, vol. I, 4ª ed., pp. 51 y ss., esgrimiendo, como uno entre varios argumentos en pos de la demostración de la existencia de normas, el de las necesidades del legislador, es decir, que este último ha de indicar exactamente a sus destinatarios qué es aquello que exige o reclama de ellos de modo que puedan cumplirlo.

¹² Para la diferencia de las funciones desempeñadas por una y otra norma, véase, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 130. De otra opinión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 633, quien considera que ambas normas tendrían “una misma finalidad: evitar o promover que se den determinados estados de cosas que el legislador considera indeseables”.

¹³ Así, GUZMÁN DALBORA, *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, 2014, p. 27; EL MISMO, *Elementi di filosofia*, p. 37. Acerca del carácter accesorio del Derecho penal, desde perspectivas distintas, FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 1/50; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), 2004, pp. 128 y s.; HAAS, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental» (trad. García de la Torre), *InDret*, 1 (2016), p. 25; RENZIKOWSKI, *ARSP*, 87 (2001), pp. 122 y s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 191 y ss.

procedimientos para su establecimiento— no necesitan supeditarse a otras de orden superior¹⁴. En ese sentido, una vez verificado el respectivo “antecedente”, dado por el quebrantamiento de la correspondiente norma de comportamiento, puede afirmarse que la sanción prevista opera como “consecuente”; no obstante, sería equívoco sostener que la norma de sanción no solo es presupuesto, sino “consecuencia” del quebrantamiento de una norma de comportamiento, pues, como veremos, dado que han de satisfacerse condiciones ulteriores, no existe una relación de implicación extensiva entre ellas.

Ahora bien, la diferencia estructural recién apuntada reviste capital interés, pues permite comprender la prioridad analítica —en términos de su relación pragmática, que no deductiva, según se ha señalado— que detenta una norma de comportamiento con respecto a otra que asocia una sanción a su quebrantamiento¹⁵. De esta manera, puede distinguirse entre hecho delictivo —como quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento— y hecho punible¹⁶, que reconoce en el primero un presupuesto, pero al que, además, han de añadirse factores relativos al merecimiento, necesidad y susceptibilidad de la pena, de acuerdo con las especificidades de esta última en tanto que modalidad de sanción jurídica. Al interior del hecho delictivo, a su vez, puede distinguirse entre las propiedades de las cuales depende la antinormatividad del comportamiento en cuestión, de aquellas otras de las cuales depende su imputación, y que median en la aplicación de la respectiva norma de sanción. Dada la alta relevancia metodológica que esta última diferenciación tendrá en esta investigación, a continuación, se incidirá brevemente en ella.

¹⁴ MAÑALICH, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», *RD*, 1 (2011), p. 91. Al respecto también SILVA SÁNCHEZ, «Ley y norma en la comisión por omisión», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, p. 458. Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 639, considera que no toda norma de sanción es secundaria: solamente en un sistema jurídico en el que rija sin excepciones el principio de culpabilidad para la aplicación de sanciones podría afirmarse que las normas de sanción son a la vez siempre secundarias. La observación de este último autor es acertada, empero, justamente por ello cabría puntualizar que este presupuesto meramente formal para la aplicación de una norma de sanción jurídico-penal no exige, además, una aplicación justa o correcta de la norma de comportamiento que se tiene por quebrantada —de lo que, en cambio, sí dependerá la validez material de la imputación efectuada por el órgano adjudicador—, sino solo la identificación de una norma respecto de cuya infracción la pena opera como reacción.

¹⁵ Por ejemplo, un profundo rendimiento sistemático de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción puede revisarse en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 581 y ss., 656 y ss., quien, a partir de la distinción entre los ámbitos de lo “prohibido” y de lo “punible”, diferencia las respectivas categorías que se encontrarían implicadas en argumentos generales al interior de la teoría del delito.

¹⁶ Para esto, recuperando la distinción formulada por Binding, véase MAÑALICH, *RD*, 1 (2011), pp. 92 y s.

2. La distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación

Frente a las normas de comportamiento todavía cabe distinguir las reglas de imputación¹⁷. Estas últimas establecen las condiciones bajo las cuales puede atribuirse a un sujeto el quebrantamiento de una norma de comportamiento. De ahí que —siguiendo la caracterización ofrecida por Hruschka— estas reglas operen en la retrospectiva, es decir, tomando como referencia un suceso ya acaecido. A diferencia de las normas de comportamiento, las reglas de imputación no tienen por función proteger bienes jurídicos, lo que se traduce en su carácter unitario y general: su *contenido* no varía dependiendo de la concreta norma de comportamiento cuyo quebrantamiento permiten imputar¹⁸. Dicho nivel de abstracción y generalización posibilita que las reglas de imputación se concentren en garantizar los contornos de una atribución racional y legítima de responsabilidad penal. Por esto, son reglas que median en la aplicación de la respectiva norma de sanción, para cuya operatividad operan como complemento¹⁹. De ahí, también, que los discursos de justificación y legitimación de las reglas de imputación tengan lugar en el ámbito de la norma de sanción²⁰. Un ejemplo paladino de ello, sobre el que habrá oportunidad de volver en el *Capítulo Cuarto* de esta investigación, es el *numerus clausus* al que generalmente se encuentra sometido el régimen punitivo de la imputación a título de imprudencia.

¹⁷ Fundamental para esto y lo que sigue HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación» (trad. Baldó Lavilla), en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2ª ed., 2009, pp. 11 y ss. Véase asimismo en detalle SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 20 y ss., 451 y ss. Para la aplicación de tales categorías, desde distintos puntos de vista y con diverso énfasis, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 30 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 23 y ss.; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 121 y ss., 231 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 33 y ss.

¹⁸ Fundamental, FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975, pp. 27 y 90, quien ya advertiera que las reglas de la Parte general, al ser “materialmente ciegas”, no conocen ningún bien jurídico en particular, sino que solo funcionan por referencia a los tipos de la Parte especial. En el sentido indicado, véase también TIEDEMANN, «Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts», en ARZT *et al* (eds.), *FS-Baumann*, 1992, pp. 11, 13 y 17, señalando que las reglas de imputación (entre las cuales sitúa el dolo, la imprudencia, el error y las reglas de imputación del quebrantamiento ajeno de una norma, como es el caso de la participación) tienen en vista no la protección de bienes jurídicos, sino las finalidades de la pena. Sobre la diferencia cualitativa que, desde esta perspectiva, se deja establecer entre ambas clases de reglas, MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 77 y ss., quien destaca como principal consecuencia la prioridad lógica que exhiben las normas de comportamiento (susceptibles de inferir) de la Parte especial frente a las reglas de imputación previstas en la Parte general.

¹⁹ A pesar de ello, como correctamente señala SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 393, nota 18, conviene advertir que no se trata del mismo criterio de clasificación que permite distinguir entre norma de comportamiento y norma de sanción. Aquí, más bien, ha de determinarse bajo qué condiciones es imputable el quebrantamiento de una norma de comportamiento, de tal manera que pueda constituirse el respectivo hecho delictivo, como presupuesto, a su vez, para la constitución de un hecho eventualmente punible. Al respecto, véase también MAÑALICH, *Nötigung*, p. 37, nota 72.

²⁰ Cfr. VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 128 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 29 y 61.

La diversidad funcional recién registrada se traduce, a su vez, en los específicos usos del lenguaje con arreglo a los cuales tiene lugar la aplicación de las reglas de imputación frente a las normas de comportamiento. Mientras estas últimas dan cuenta de un uso prescriptivo del lenguaje (pues prohíben, requieren o permiten la ejecución de cierta clase de comportamientos), las reglas de imputación se caracterizan por que a través suyo se emplea un lenguaje adscriptivo (dado que posibilitan la atribución del hecho en cuestión)²¹.

Una de las principales consecuencias que cabe extraer de esta distinción es que las normas de comportamiento y las reglas de imputación se encuentran en una relación funcional. Las reglas de imputación carecen de sentido si no están referidas a la contradicción de una norma de comportamiento. A su vez, para que un comportamiento (potencial o efectivamente) antinormativo resulte constitutivo de un hecho delictivo, se requieren reglas que especifiquen las condiciones bajo las cuales tal comportamiento efectivamente puede considerarse como una falta de reconocimiento de la norma en cuestión. Para ello, por medio de tales reglas se determina si al agente le habría sido posible y exigible seguir la correspondiente norma de comportamiento. Ahora bien, dado que se trata de un nexo funcional, que, sin embargo, involucra el desempeño de funciones diversas, obsérvese que las reglas de imputación no pasan a integrar, por vía de complemento, el contenido de las normas de comportamiento. A propósito del estatus de las modalidades de autoría y de participación habrá ocasión de retornar sobre este argumento.

El nexo funcional entre norma de comportamiento y regla de imputación posibilita otra diferenciación capital para los propósitos de esta investigación. Por referencia a las primeras pueden reconocerse clases de acciones cuya ejecución está prohibida o es requerida, y que, por lo tanto, pueden constituirse en *objeto* de una eventual imputación jurídico-penal. Las reglas de imputación, por su lado, al definir los presupuestos bajo los cuales puede efectuarse dicha imputación, representarán las bases o el *fundamento* de la misma²². En el siguiente apartado, se analiza más de cerca esta diferenciación, así como

²¹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 29. Así también VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 303, quien agrega que, justamente en razón de la incompatibilidad entre un uso prescriptivo y adscriptivo del lenguaje, el sistema conceptual del Derecho penal no podría concebirse como una pirámide conceptual unitaria.

²² Para esta diferencia, desde distintos puntos de vista, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 29 y ss.; HRUSCHKA, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ*, 1 (1997), pp. 23 y s., en el contexto de la distinción entre deber e “incumbencia”, al interior de la imprudencia; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 289 y ss., quien habla indistintamente de fundamento y criterio de imputación, pero siempre en oposición al objeto de imputación; MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *REJ*, 12 (2010), pp. 174 y ss., a propósito del comportamiento antinormativo como objeto de imputación; REYES ROMERO, «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Ius et Praxis*, (1), 2015, p. 151, diferencia entre objeto y criterio de imputación a propósito de la función que cabe atribuir a la infracción de una exigencia de cuidado; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 32 y ss., distingue entre objeto y reglas de imputación; VALIENTE IVAÑEZ,

la prioridad analítica que —desde el modelo de hecho punible que aquí se toma como punto de partida— exhibe una categoría frente a la otra.

II. La prioridad de análisis de la identificación del objeto con respecto a los criterios de una eventual imputación. A la vez, sobre la distinción entre antinormatividad e infracción de deber

En general, cuando se trata de atribuir a alguien la realización de algún comportamiento susceptible de reprobación, la identificación de qué ha hecho ese sujeto es una operación que exhibe prioridad con respecto al análisis de las preguntas sobre el cómo y por qué ha desplegado dicho comportamiento, pues estos últimos son interrogantes que carecerían de sentido antes de contestarse la primera cuestión. La independencia de la incorrección de un comportamiento respecto a su eventual merecimiento de reproche puede certificarse en la vida cotidiana. En ella, la presencia de consideraciones relativas a un déficit epistémico, a un fallo en el control motriz, o atingentes a la exigibilidad de comportarse de otro modo, entre otras circunstancias que podrían derrotar o atenuar los juicios negativos que se ciernen sobre lo que un sujeto hace, no suelen tener el efecto de impedir el surgimiento, respecto de ese suceso, de una actitud reactiva preliminar (actitud que, en consideración a circunstancias como las ejemplificadas, naturalmente puede retroceder)²³. Así, si un sujeto de manera totalmente imprevisible e inevitable, por ejemplo, derrama una copa de vino sobre alguien que se encuentra a su lado, frente a la reconvención que reciba de parte del afectado, probablemente el primer sujeto no negará haber derramado la copa (diciendo: “no lo hice”), ni creará, presumiéndose en favor suyo un ápice de cortesía, que las circunstancias relatadas lo liberan siquiera de pedir una disculpa. Al contrario, probablemente esa persona responderá aludiendo a alguna razón que pueda exonerarlo de responsabilidad (diciendo: “no he visto la copa”, “no ha sido mi intención”, “no he podido evitarlo”, etc.)²⁴.

Lo anterior, que corresponde a la estructura propia de los enunciados de responsabilidad, es algo que también puede apreciarse en la imputación jurídico-penal. Desde luego, la articulación de qué es aquello que un sujeto tendría que haber evitado —como

«La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, 22 (2020), pp. 10 y ss.

²³ De ahí que, siguiendo a STRAWSON, *Freedom and Resentment and other Essays*, 2008, pp. 7 y ss., estas circunstancias no nos invitan (o no inmediatamente) a ver en el agente alguien respecto de quien tales actitudes (reactivas) sean inapropiadas. Más bien, nos invitan a ver el daño generado como algo respecto de lo cual tal agente no sería responsable (o no completamente).

²⁴ Refiriéndose al mismo ejemplo, DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 74, apunta que una forma natural de ofrecer una disculpa consistiría en explicar cómo ese evento no fue cuestión de imprudencia. Nótese cómo ello muestra que el propio ejercicio de pedir disculpas (y el de exonerar de responsabilidad) presupone un reconocimiento del objeto que pretende ser excusado.

constitutivo del respectivo comportamiento, objeto de una eventual imputación— es algo que no se deja responder sin antes asumir ciertos compromisos teóricos. Puesto que, según la tesis que será defendida en esta investigación, tanto las modalidades de intervención delictiva, como la imprudencia, representan sendas categorías adscriptivas —por lo que no integran el contenido del respectivo objeto de imputación— es conveniente anticipar y explicitar tales compromisos teóricos.

Según fuese enunciado, el primer paso en la comprobación de la constitución de un hecho delictivo está constituido por la pregunta de si acaso lo realizado por el sujeto en cuestión satisface (o no) la descripción de algún tipo de delito, de manera tal que se configure el objeto de una *eventual* imputación jurídico-penal. En concreto, tratándose de una norma de prohibición, ha de consultarse si se ha ejecutado algún comportamiento que ejemplifique la clase de acción prohibida; o bien, tratándose de una norma de requerimiento (o de mandato), si no se ha ejecutado alguna acción que pudiera contar como instancia de la respectiva clase de acción requerida (o debida)²⁵.

De acuerdo con lo anterior, la comprobación de si el comportamiento de un sujeto se deja subsumir o no en el respectivo tipo de delito no incluye el análisis de sus capacidades. En efecto, estas últimas están referidas a la posibilidad y exigibilidad del seguimiento de la norma justamente por parte *del agente en cuestión*, por lo que no pueden integrar el contenido de una norma, en tanto que estándar general de comportamiento. Este argumento, según el cual no es apropiado que una norma de comportamiento indique las condiciones bajo las cuales sus destinatarios resultarán vinculados por ella, se conoce también como prohibición de “autorreferencialidad”²⁶. Partiendo de la base de que una formulación autorreferencial no se corresponde con las descripciones típicas a partir de las cuales pueden inferirse las correspondientes normas de comportamiento²⁷, una tal

²⁵ Para esto y lo que sigue, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 27 y ss.

²⁶ Al respecto KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 29, quien señala que la norma no puede determinar en qué medida su destinatario queda vinculado a ella, dado que las capacidades (esperadas) del destinatario no forman parte del “contenido de lo debido”, sino de la extensión de su vinculación a la norma (*ibidem*, pp. 39 y 81). Más recientemente, KINDHÄUSER, «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschkas», en JOERDEN/SCHUHR (eds.), *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, 2019, pp. 391 y s., insiste en que es la posibilidad de seguimiento de la norma, y no esta en sí misma, aquello que depende de las capacidades de sus destinatarios. En el mismo sentido, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, p. 255: “[u]na cosa es *instituir* una norma de comportamiento; otra distinta es indicar las condiciones bajo las cuales esta norma de comportamiento se considera como *lesionada*. Una norma de comportamiento no puede, ella misma, ofrecer información sobre las condiciones bajo las cuales alguien resulta obligado por ella; en tal caso, la norma tendría que hacer referencia a sí misma”. (Cursivas del original). Sobre este argumento véase también VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 130. De modo más específico, criticando el carácter autorreferencial bajo el cual, según su opinión, la doctrina dominante manejaría la categoría del riesgo permitido, HAAS, *InDret*, 1 (2016), p. 20.

²⁷ Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 42, nota 83, quien advierte que una formulación de la norma que, por ejemplo, incluyera ya en el propio comportamiento prohibido el juicio del autor —“está prohibido ejecutar un comportamiento que según el juicio del autor (o de un observador) sea apropiado para causar el

reformulación podría conducir a un vicio de circularidad. Si, por ejemplo, una norma rezara: “prohibido que mates a otro, en la medida en que puedas evitarlo”, tendría que plantearse la pregunta sobre las capacidades del agente para seguir dicha norma, pero también para conservar sus capacidades en orden a poder evitarlo, lo que, a su vez, conducirá a consultar sobre sus capacidades para el aseguramiento de sus propias capacidades, y así indefinidamente (si se concentran todas estas preguntas en la antinormatividad). En cualquier caso, nótese que, aun bajo una formulación como la ejemplificada, nada obsta al reconocimiento de dos niveles de análisis distintos, pues la capacidad de evitación continuaría estando al servicio del seguimiento del estándar deóntico en cuestión: la cláusula “en la medida en que puedas evitarlo” no formaría parte del contenido prescriptivo “prohibido matar a otro”, precisamente porque no puede pretender recortar el alcance de un objeto sin antes darlo por presupuesto. Por último, la inclusión de las capacidades del agente en una norma de comportamiento supone asumir un dualismo incompatible: así formulada, la norma regularía aquello que ha de ser seguido por sus destinatarios, pero, a la vez, se situaría en la hipótesis contraria consistente en su contradicción²⁸.

Cabe registrar que, en este último aspecto, el enfoque analítico aquí seguido se aparta también del modelo clásico de imputación desarrollado por Hruschka, en donde la *imputatio facti* (la determinación de si un proceso puede considerarse como hecho del agente) precede a la *applicatio legis ad factum* (la ponderación del hecho conforme a la ley)²⁹. Desde ese punto de vista, la *imputatio facti* exhibiría prioridad, pues no podría valorarse un comportamiento sin antes determinar si este ha estado o no bajo control del sujeto. Sin embargo, frente a ello cabría advertir que, al margen de lo débil o provisional que sea el juicio de imputación realizado en ese primer nivel, en cualquier caso, siempre requerirá la identificación previa de un objeto respecto del cual haya de examinarse la satisfacción (o no) de tales condiciones. Dado que el comportamiento de un sujeto puede tolerar múltiples descripciones, la pregunta por la *imputatio facti* ya se encuentra pragmáticamente condicionada por la identificación de un *factum* que podría venir en consideración como objeto de una eventual imputación, y que justamente dota de sentido a la pregunta por la evitabilidad³⁰. Por ejemplo, si dos sujetos destruyen el automóvil

resultado”—, como ocurre en las versiones más radicales del finalismo, solo puede obtenerse mediante una modificación del tenor literal de la ley.

²⁸ MAÑALICH, «¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?», *Enfoques penales*, Marzo (2018), p. 22: “[a] la pregunta por las condiciones de la responsabilidad por un comportamiento jurídicamente incorrecto, la respuesta no puede derivarse de la norma fundante de esa misma incorrección”.

²⁹ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 18.

³⁰ Como señala recientemente KINDHÄUSER, *GS-Hruschka*, p. 386, a pesar de la controversia acerca de cuáles condiciones tiene que satisfacer un comportamiento para exhibir la propiedad de ser una acción, para constituir una acción, tales condiciones necesitan ser ejemplificadas bajo una determinada descripción. Desde luego, tratándose de una imputación jurídico-penal, dicha descripción la proporcionan los tipos de la Parte especial. Sobre este asunto, véase también VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 149 y s., quien registra que, al ser la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico lo

propiedad del enemigo de uno de ellos, aunque dicho comportamiento satisfaga, entre muchas otras, las descripciones “hacer enfadar al propietario del automóvil”, “perturbar a los vecinos en horas dedicadas al sueño”, “provocar la llegada de la policía”, “dañar la propiedad ajena”, solo esta última será jurídico-penalmente relevante, por lo que únicamente a su respecto tiene sentido consultar por la evitabilidad en el comportamiento de tales sujetos. Con ello, si, tal cual exige Hruschka, la atribución de un suceso como acción a un sujeto presupone que este hubiese contado al menos con alguna alternativa de comportamiento³¹, es igualmente indispensable haber identificado previamente sobre qué habría de recaer esa alternativa. Pero, entonces, cabrá reparar en que la *identificación* de un comportamiento como objeto de una eventual imputación no cuenta aun como imputación, precisamente porque (solo) plantea la pregunta de qué es aquello que debía evitarse, y no aun la de si ese o esos sujetos en concreto podrían haberlo evitado.

Como consecuencia de lo señalado hasta ahora, la concepción de antinormatividad que aquí se tomará como punto de partida se obtiene a partir de una operación exclusivamente de subsunción del comportamiento en cuestión en el respectivo tipo de delito³². En consecuencia, se trata de la comprobación de que las propiedades de una clase de acción, especificada en un tipo delictivo, han sido “instanciadas” a partir del comportamiento concreto desplegado por un determinado sujeto. Ahora bien, que este procedimiento subsuntivo permita afirmar la antinormatividad de un comportamiento, en razón de la relación de correspondencia semántica entre lo realizado por el sujeto y la descripción de una clase de acción especificada en algún tipo delictivo, no significa que, además, esta operación tenga que ser valorativamente neutra. Por el contrario, es perfectamente plausible —y, además, así suele ocurrir— que la afirmación del carácter típico de un comportamiento venga sucedida de un juicio evaluativo de carácter negativo, dado que, después de todo, se trata de la ejecución de una clase de acción que se esperaba que fuese omitida, o bien, de la falta de ejecución de una clase de acción que se esperaba que fuese ejecutada, y que, en ambos casos, involucra la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente valiosos. En síntesis, en ambos casos se trata de una decepción normativa. Pero entonces se vuelve necesario introducir una precisión adicional: justamente porque un juicio toma como base al otro, ambas operaciones —la que afirma el objeto de desvaloración y la desvaloración de ese objeto— no pueden fundirse en una sola³³.

que activa la operación *imputatio facti*, Hruschka ya asumiría un paso previo que, sin embargo, en el modelo clásico de la imputación no es explicitado.

³¹ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 23; EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, p. 313.

³² Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 53. Véase asimismo MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 37 y s., quien, a diferencia de lo sostenido por Kindhäuser, precisa que resulta equívoco hablar de normas que prohíben la “causación de un resultado”, en la medida en que dicha expresión no permite especificar la estructura del tipo de acción, de cuya correlación con el respectivo operador deóntico, se obtiene la norma.

³³ Por ejemplo, no cabe desvalorar *jurídicamente* un comportamiento, *en tanto que* homicidio, sin haberse constatado antes que, en efecto, ha sido una “instancia de matar a otro”. Esta constatación permite que se realice el correspondiente juicio de desvaloración. Véanse al respecto las clarificadoras observaciones de

Tratándose de delitos resultativos, el comportamiento en cuestión ha de ser efectivamente productivo o no impeditivo de un resultado, pues de ello depende la verdad del enunciado según el cual dicho comportamiento ejemplifica el respectivo tipo de acción (productiva o no impeditiva de cierta clase de resultado). De lo anterior se sigue que el objeto de imputación no puede quedar constituido por la mera causación de un resultado —ni, en general, por estados de cosas indeseados—³⁴, sino que, para que efectivamente se ejemplifique la *clase de acción* especificada en el respectivo tipo resultativo —por ejemplo, “matar a otro”—, es indispensable que esa “instancia” sea susceptible de ser *descrita* como una acción³⁵, lo cual supone, evidentemente, la identificación del comportamiento de algún sujeto³⁶.

En cambio, de las capacidades del sujeto en cuestión depende la respuesta a la pregunta sobre su vinculación a la norma; es decir, si este sujeto puede concretarla en deber³⁷. Así,

CONTESSÉ SINGH, «Tentativa de delito y concurso de personas en el hecho punible en la obra de Eduardo Novoa Monreal», en AMBOS/GUZMÁN DALBORA (eds.), *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal*, 2018, p. 116, reparando en la necesidad de distinguir entre, por un lado, el contenido semántico de las descripciones-de-acción, cuya ejemplificación conduce a la afirmación del carácter típico de un comportamiento, y, por otra parte, la clase de acto del habla —como la fuerza pragmática del mismo— en tanto que vía por medio de la cual se afirma su tipicidad.

³⁴ En su detallada investigación, DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?: una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, 2019, p. 17, observa que, en dicho modelo, las normas de comportamiento que subyacen a los delitos resultativos no tendrían por objeto las “acciones conducentes al resultado”, sino “el estadio terminal de ese proceso, constituido por el estado de cosas descrito en el correspondiente tipo penal”. Antes bien, en los delitos resultativos consumados el objeto de una eventual imputación efectivamente está constituido por un comportamiento que satisface la descripción de un *tipo de acción* productiva o no impeditiva de cierta clase de resultado. Según la interpretación de aquel autor, desde este punto de vista, acciones como envenenar a una persona o dispararle con un arma de fuego no serían comportamientos antinormativos, sino solo “la muerte de un sujeto debida a la acción (u omisión) de otro”. Al respecto cabría precisar que, si por la vía de envenenar o disparar a otro se causa su muerte, las acciones de envenenar o disparar a otro, en realidad, *son* a la vez la acción de matar a otro. Sobre la relación causal (y no conceptual) entre una acción y sus respectivos resultados (como parte del argumento sobre la “individuación de acciones”) habrá oportunidad de volver más adelante. Por de pronto, interesa enfatizar que una misma acción se deja describir de distintas formas de acuerdo con los diversos resultados que sean consecuencia causal de ella: si una norma contiene un verbo de acción resultativa (como “matar” a otro), no podrá subsumirse en ella un comportamiento que, dentro de algunas de sus múltiples descripciones, no sea (o no todavía) susceptible de ser reconocido como una acción efectivamente productiva de ese resultado.

³⁵ Precisan este aspecto también VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 139; y VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 44.

³⁶ Sobre la distinción entre “instancia de acción” y “clase de acción” (*act-token* y *act-type*, respectivamente), que en esta investigación será frecuentemente utilizada, véase GINET, *On Action*, 1990, pp. 45 y ss.; MOORE, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, 1993, pp. 192 y ss. Lo fundamental es notar que una instancia de acción se caracteriza como tal porque ejemplifica las propiedades de una determinada clase de acción, sin perjuicio de que un mismo y determinado comportamiento podría satisfacer la descripción de varias de clases de acción a la vez.

³⁷ Para esto, véase KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 50 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 54, 65 y s. En cambio, en el planteamiento de KAUFMANN, Arm., *Teoría de las normas* (trad. Bacigalupo Zapater, Garzón Valdés), 1977, p. 193, la contrariedad a deber es una contrariedad final, esto es, la “realización final del objeto de la prohibición, y ello corresponde ante todo al “tipo objetivo del delito (...)”. Sobre la diferencia entre antinormatividad y contrariedad a deber, desde otro punto de vista, HAAS, *Kausalität*, pp. 91, 103 y s., en cuya opinión, la falta de reconocimiento de esta distinción, por parte de la doctrina mayoritaria, tiende a ser

el reconocimiento de esta dualidad de niveles permite introducir la distinción —a la que, a veces, erróneamente se atribuye exclusivo abolengo finalista— entre norma, entidad que bajo la forma de una proposición general proscrib[e], prescribe o permite algo, y deber (*stricto sensu*), bajo el cual cabe entender la específica posición deóntica que un sujeto determinado ocupa en una determinada situación, de acuerdo a sus propias capacidades, de cara al seguimiento de una norma de comportamiento general³⁸. De ello se sigue que un concreto deber de acción no puede ser concebido de manera independiente a una norma, ya que lo individualmente exigible requiere de una categoría superior de la cual obtenga su núcleo de contenido. Con otras palabras: no puede determinarse aquello que concretamente debe evitarse sin tener una referencia fija de lo que tendría que ser evitado. Sin embargo, lo señalado también permite precisar que el deber no es, en sentido estricto, la norma de comportamiento individualizada —pues ello supondría que las condiciones de las cuales depende la constitución de un deber son deducibles de la propia norma, lo que, empero, no es efectivamente el caso—³⁹, sino la concreción de su contenido para un determinado sujeto en una determinada situación, y cuyo objeto no es la omisión o ejecución de un tipo de acción, sino una instancia específica que podría ejemplificar dicha clase de comportamiento⁴⁰.

En cuanto a su identificación, este deber, como comportamiento concretamente exigible, puede inferirse de la correspondiente norma de comportamiento con apoyo en un

compensada a través de la categoría de la evitabilidad, pagando el precio de una confusión entre objeto y fundamento de imputación.

³⁸ Cfr. VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 171.

³⁹ En la ampliamente extendida formulación de KAUFMANN, Arm., *Teoría de las normas*, p. 186, el deber es entendido como “la norma concretada que prescribe a un individuo perfectamente determinado una conducta concreta”. La diferencia entre concebir la noción de deber como una concreción de la correspondiente norma de comportamiento, o bien, como una concreción del contenido deóntico de dicha norma, tiene crucial relevancia, pues todo el problema acerca de si las capacidades de las que depende la constitución de un deber están o no incluidas en la norma precisamente está supeditado a la pregunta inicial de si acaso con norma y deber cabe referirse a una o dos entidades deónticas distintas: en el primer caso, el deber podría obtenerse deductivamente; en el segundo, solo por vía de una inferencia pragmática. Esta última es la tesis acogida en esta investigación: la norma de comportamiento fundamenta deberes, pero el deber no representa una norma personalizada; lo personal es la vinculación del sujeto con la norma.

⁴⁰ Por esto, también resulta equívoco discurrir en torno a “normas de comportamiento situacionales”, como, sin embargo, sugiere RENZIKOWSKI, *Matt/Renzikowski-StGB*, 2013, Vor § 13/16, a propósito del injusto imprudente, en donde el reproche al autor se fundaría en que este no ha construido correctamente una norma situacional de comportamiento. Pues lo situacional no es la norma como tal, sino más bien la generación de la oportunidad para que un sujeto dé seguimiento a ella. Por ejemplo, no siempre que un sujeto no mata a otro, está siguiendo la norma que prohíbe dicha acción, pues para ello sería necesario que se encuentre en una situación (espacio-temporal) que haga lógicamente posible el condicionamiento de la muerte de otro. Para esto último, véase MAÑALICH, «La tentativa de delito como hecho punible», *RChD*, 44 (2017), p. 474. Por otro lado, cabe también precisar que solo respecto del deber, mas no de la norma de comportamiento en sí, es hacedero predicar un carácter condicional. Una norma condicional rezaría: en el supuesto de darse *x*, procede *y*. Como ya se ha señalado, en el caso de las normas jurídico-penalmente reforzadas, lo que adquiere un carácter condicional es la norma de sanción, cuya aplicación presupone el quebrantamiento de una norma de comportamiento. Esta última, en cambio, rige general e incondicionalmente. En tanto que situacionales, los deberes sí tienen carácter condicional. Sobre las nociones de norma y deber condicionales, véase WEINBERGER, *Norm und Institution*, pp. 62 y s.

silogismo práctico⁴¹. Así, por ejemplo, asumiéndose como hipótesis que una norma de prohibición o de requerimiento podría ocupar el lugar de premisa mayor en el razonamiento de un sujeto, si este advirtiera que la ejecución o la omisión de cierta acción podría ser instancia de la clase de acción prohibida o requerida en dicha norma, entonces para él sería prácticamente necesario omitir o ejecutar dicha acción, respectivamente, en la medida en que cuente que con la capacidad física para ello⁴².

⁴¹ En términos generales, véase VON WRIGHT, *Practical Reason*, 1983, pp. 12 ss. En el contexto del modelo de imputación jurídico-penal aquí seguido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 54 y ss.; MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 20 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 71.

⁴² DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, p. 88, menciona, en términos críticos, que el “deber de ejecutar u omitir una conducta que se obtiene como conclusión de un silogismo práctico presupone que esa conducta esté ordenada o prohibida por la norma que se toma como premisa mayor”. En primer lugar, nótese que, en contraste con lo sugerido en el pormenorizado análisis crítico ofrecido por aquel autor, no se trata aquí de una operación *deductiva* (cfr., *ibidem*, pp. 44, 55 y s., 101 y ss.), en términos de que el comportamiento que figura como conclusión de dicho silogismo tuviese que estar ya *implicado* en la premisa mayor, sino más bien de una inferencia práctica. En segundo lugar, cabe observar que el silogismo práctico es una herramienta que justamente tiene la utilidad de ofrecer un fundamento para una eventual imputación, no la de determinar qué comportamiento sería objeto de ella. La identificación de este último la provee la propia norma, en la medida en que se trate de un comportamiento (un *act-token*) que ejemplifique las propiedades de la clase de acción especificada en un tipo de la Parte especial (como *act-type*); si se trata de un delito resultativo, el primero no será una instancia de la clase de acción productiva descrita en el segundo mientras del primero no pueda predicarse verdaderamente la propiedad de haber producido ese resultado. Ahora bien, ello no significa —y aquí yace el punto fundamental— que el deber de omitir o bien de ejecutar ese comportamiento no sea susceptible de ser inferido antes, precisamente en la medida en que un silogismo práctico puede operar tanto en la prospectiva (en tanto que herramienta deliberativa) como en la retrospectiva (en tanto que explicación teleológica de por qué y, sobre todo, bajo qué condiciones un sujeto se comportó del modo en que lo hizo). Sobre ambos usos del silogismo práctico, véase VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 30 y ss. En definitiva, una vez verificado el comportamiento que será objeto de una eventual imputación, el uso retrospectivo del silogismo práctico —que habrá de comenzar por la conclusión para reconstruir a partir de ella las premisas— no tendrá por objetivo establecer si ese comportamiento es o no antinormativo, sino más bien si el sujeto que lo realizó estaba (o no) en condiciones tales de haber podido concretar la respectiva norma en deber y de realizar la intención (supuesta de manera contrafáctica) de ajustar su comportamiento a ella. La ejecución de un comportamiento contrario a deber, como *expresión* de falta de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción, no requiere que, en efecto, el comportamiento llegue a satisfacer todas las propiedades de la respectiva clase de acción prohibida o requerida. Por esto, dado que la función del silogismo práctico no es determinar el objeto, sino el fundamento de una eventual imputación, dicha herramienta, como señala MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCP*, 3 (2015), p. 22, nota 30, puede ser caracterizada como un “esquema para la clarificación de la estructura de la *imputación* jurídico-penal”. (Cursiva añadida). Véase también KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, 1980, p. 151: “[e]l silogismo práctico no es una forma de demostración deductivo-teórica, sino una regla de fundamentación o de explicación para una acción”; y EL MISMO, *Gefährdung*, pp. 56 y s., puntualizando que el silogismo práctico “no dice si acaso la acción indicada en la conclusión es conforme a la norma, ni tampoco si la alternativa de acción correspondiente es antinormativa”. Esto es especialmente relevante en la medida en que es plenamente factible que un sujeto carezca de las capacidades físicas para actuar conforme a deber, como también que yerre en la fijación del contenido de la premisa menor de ese silogismo: en el primer caso, podría inferir, con necesidad práctica, el deber de abstenerse de ejecutar cierta acción y, sin embargo, aun así no estar en condiciones de abstenerse de ejecutar un comportamiento que ejemplifique el supuesto de hecho descrito en un tipo delictivo (por ejemplo, en un caso fortuito); por otro lado, un sujeto podría ejecutar, de manera contraria a deber, la acción que, con necesidad práctica, tenía que abstenerse de ejecutar y, sin embargo, no satisfacer la descripción de la clase de acción prohibida (v. gr., en la tentativa acabada).

De esta manera, junto con norma y deber, puede distinguirse correlativamente entre antinormatividad e infracción de deber⁴³. Este último constituye un injusto jurídico-penal, pues permite expresar que el comportamiento que es objeto de imputación ha representado, por parte del agente, una falta de reconocimiento de la respectiva norma como premisa vinculante⁴⁴. Si, además, era o no exigible para este sujeto motivarse conforme a dicha norma es una pregunta de culpabilidad. Ahora bien, si, por el contrario, ese comportamiento no ha podido ser actualmente evitado por el sujeto en cuestión —sea por carecer de las capacidades epistémicas para concretar la norma en deber, sea por carecer de la capacidad física para actuar conforme dicho deber—, y dicho déficit de evitabilidad tampoco le es imputable, entonces no podrá constituirse injusto jurídico-penal alguno⁴⁵.

⁴³ Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 54 y ss., 91 y ss. En virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, un comportamiento antinormativo solo puede imputarse como infracción de deber si el autor hubiese podido evitar la realización del tipo; el destinatario está vinculado a la norma solo en la medida de su capacidad intencional de acción (*ibidem*, pp. 18 y 53). Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 26 y ss.

⁴⁴ ROBLES PLANAS, «Norma de conducta», *InDret*, 1 (2019), pp. 4 y s., sugiere la presencia de un salto lógico en la afirmación de que pueda haber infracción de deber sin antinormatividad —y, con ello, según este autor, de un criterio de imputación sin objeto de imputación—, sobre la base de que, al tener un sujeto solamente el deber de evitar una conducta antinormativa futura, actualmente aquel no podría concretar ningún deber. Al respecto, sin embargo, cabe notar que el lugar de la premisa mayor en un silogismo prospectivo —es decir, empleado como esquema de deliberación práctica— con arreglo al cual un sujeto podría inferir un determinado deber de acción (o de abstención) no lo ocupa una conducta antinormativa, sino precisamente la norma de comportamiento que podría resultar eventualmente infringida si el sujeto no cumple con dicho deber. Y para que se haga operativo dicho patrón de inferencia (específicamente: para que se fije su premisa menor) solo se necesita que el sujeto se reconozca situado en posición tal de ejecutar u omitir un comportamiento que podría ejemplificar el tipo de acción prohibida o requerida, respectivamente. Ahora bien, la observación crítica de Robles Planas es oportuna, pues ofrece ocasión de subrayar el siguiente aspecto: a primera vista, podría suponerse que, bajo aquel modelo de teoría de las normas, en la tentativa de delito se fundiría el criterio con el objeto de imputación, o incluso, que se prescindiría de este último. No obstante, al respecto es decisivo advertir que la infracción de deber, como tal, no es un comportamiento, sino una *propiedad* predicable respecto del comportamiento ejecutado por un sujeto bajo determinadas condiciones. Lo mismo cabe decir, bajo presupuestos distintos, de su propiedad de ser antinormativo. En consecuencia, el hecho de que el objeto de imputación en los delitos consumados esté constituido por un comportamiento antinormativo —lo que ocurre cuando este satisface cada una de las propiedades especificadas en el correspondiente tipo de delito— no significa que la tentativa de delito carezca de uno propio: en ella lo será precisamente un comportamiento que, aunque no satisface enteramente las propiedades especificadas en un tipo de la Parte especial, sí exhibe otras, variables con arreglo a las particularidades de cada regulación positiva —es decir, si cuenta como principio de la ejecución del hecho, como inicio de su realización, haberse dispuesto inmediatamente a él, etc.—, que podrían permitir que la tentativa opere como criterio de imputación, en la medida en que sea contraria a deber. Es la identificación de dicho comportamiento lo que activa la pregunta —del mismo modo que en los delitos consumados— por una eventual falta de reconocimiento de la norma como razón vinculante.

⁴⁵ Existen otros planteamientos que distinguen conceptualmente antijuridicidad y antinormatividad, aunque parten de presupuestos diversos y arriban, también, a conclusiones distintas a las aquí enunciadas. Así, por ejemplo, Molina Fernández diferencia entre una lesividad con efectos intersubjetivos, por un lado, y una contradicción (subjética) de la norma de determinación, por otro, en lugar de seguir la división canónica de antijuridicidad y culpabilidad. Lo anterior le permite afirmar que la valoración del hecho desde la perspectiva de su lesividad es independiente de la que atañe a la imputación del hecho a su autor, con lo cual el dolo (como dolo malo, según la tesis que patrocina) no afectaría a la lesividad (entendida como antijuridicidad objetiva), pero sí integraría plenamente la antinormatividad. A esta última afectaría el complejo de circunstancias subjetivas que condicionan la eficacia instrumental de la norma. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 489 y ss., 524 y ss., 649 y ss., 838; EL MISMO, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade: Revista*

Desde luego, un modelo de análisis como el recién esbozado se aparta en medida sensible del esquema dominante —en este punto, tributario, en una parte, de una concepción personal de lo injusto, y, en otra, de una concepción predominantemente imperativa de norma—, según el cual ya el propio contenido de una norma de comportamiento demandaría como presupuesto de aplicación la satisfacción de estándares relativos a la capacidad individual de cumplimiento.

En este último sentido, una presumible impugnación que a la luz del modelo mayoritario suscitaría la concepción aquí seguida puede articularse en una reducción al absurdo del siguiente tenor: ¿cómo es posible prohibir algo a quien no puede cumplir! Para sortear la infracción de la máxima “*deber implica poder*”⁴⁶, a la que conduciría aparentemente cualquier ordenación sistemática semejante a la que aquí se acoge, el modo de proceder canónico en la dogmática penal contemporánea consiste en operar con una norma concretada al sujeto, esto es, haciendo de la capacidad de acción y, a veces, —en sus versiones más consecuentes⁴⁷— también de la capacidad de motivación, un presupuesto

de la Facultad de Derecho, 74 (2008), pp. 140 y ss.; EL MISMO, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 736. En cambio, y desde una perspectiva distinta, MIR PUIG, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH-Gimbernat*, 2008, pp. 1317 y ss., entiende que “lo desvalorado jurídico-penalmente es más amplio que lo prohibido por la norma penal primaria” (*ibidem*, p. 1322); de esta manera, la antijuridicidad es concebida como un “juicio de desvalor relacionado sólo con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal, y no con la oposición al imperativo de la norma” (EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 314). Este cambio de paradigma vendría propiciado a raíz del otorgamiento de una mayor relevancia al desvalor de resultado a nivel de antijuridicidad, pero que no llega hasta el punto de independizar el juicio de antinormatividad de los criterios de imputación, en atención a la premisa —cardinal a lo largo de la obra de este autor— según la cual el “resultado no forma parte de lo prohibible por la norma (sólo puede prohibir la conducta voluntaria *ex ante*)” (*ibidem*, p. 317).

⁴⁶ Al respecto ya KAUFMANN, Arm., *Teoría de las normas*, p. 140. En la dogmática contemporánea, a título ejemplar, véase AST, *Normentheorie*, pp. 38, 58 y ss., quien a pesar de caracterizar la máxima *ultra posse nemo obligatur* como una regla de imputación, la tematiza, además, como un factor condicionante del contenido de la prohibición, por entender que existe un vínculo teleológico entre ambas. Una norma referida a un suceso no controlable e inevitable para un sujeto no sería idónea para impedir su causación (cfr. *ibidem*, p. 61). Similar, ROSTALSKI, «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *GA* (2016), p. 76, para quien “poco sentido tiene querer imponer prohibiciones o mandatos contra las posibilidades fácticas del potencial destinatario de la norma: *ultra posse nemo obligatur* (...)”. También MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Mir Puig*, p. 744, invoca el principio kantiano “debe implica puede” para concluir que “ni tiene sentido, ni es justo, imponer obligaciones a quienes, por sus circunstancias personales, no pueden cumplirlas”. Asimismo, la crítica que contra el modelo de Kindhäuser dirige RENZIKOWSKI, «Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, 2017, p. 635, en términos de que, al no presuponerse la capacidad de acción en el destinatario de la norma, se infringiría la máxima *impossibilium est nulla obligatio*. Frente a lo anterior, cabe anticipar que el problema, desde luego, no reside en una pretendida renuncia a consideraciones de orden teleológico que permitan hacer de las construcciones dogmáticas instrumentos operativamente funcionales, amén de conducentes a soluciones justas, o en validar operaciones *adscriptivas* ilegítimas, sino más bien en unificar, bajo un razonamiento sintético, categorías que dan respuesta a preguntas de distinta clase.

⁴⁷ Como apunta MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 64, en la medida en que el contenido de la norma se haga depender de circunstancias que condicionan su operatividad instrumental para guiar conductas, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad “irá perdiendo razón de ser”; EL MISMO, *LH-*

para la infracción de dicha norma⁴⁸. Especialmente desde este último punto de vista, en la infracción de una norma de comportamiento ya tendrían que estar contenidas las condiciones bajo las cuales al sujeto le resultaba posible y exigible su seguimiento, por lo que, cuando la integración de ese complejo de condiciones en la norma es completa, un juicio adicional referido a la imputabilidad de su infracción sería tautológico (del mismo modo en que, en virtud de las consecuencias a las que habrían de conducir algunos modelos teóricos, tendría que ser el hecho de hablar de un injusto culpable).

Ahora bien, es justamente la invocación del principio “deber implica poder” lo que suministra una clave para clarificar el orden de asuntos involucrados. No se trata aquí de una implicación *conceptual*, pues lo que se encuentra en liza no es una explicación genética de lo que, dicho expresivamente, cabría denominar “ser de la materia del deber ser” —basculación que conduciría a un círculo vicioso, pues el poder habría de estar referido a un deber que, a su vez, no podría existir con independencia del poder para cumplirlo, y así indefinidamente—, sino de las condiciones bajo las cuales puede imputarse el quebrantamiento de una norma. Como ya fuese anticipado, la razón por la cual esta relación de dependencia no podría ser lógica descansa en que la pregunta por la capacidad para seguir una norma ya presupone la existencia independiente de esta; de otra manera, ni siquiera podría formularse el problema acerca de una capacidad sin objeto de referencia. De ahí que, para enfatizar que la conexión en cuestión es eminentemente pragmática⁴⁹, y no lógico-deductiva, en lugar de un “deber implica poder” (en el plano de

Mir Puig, p. 751: “si la antijuridicidad se entiende como antinormatividad, el concepto que debe manejarse es el de injusto culpable”. Por otro lado, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 680 y s., advierte que la doctrina tradicional, que discurre en torno a un injusto personal, en realidad, no trabaja sobre la base de una noción propiamente personal de injusto (o que no lo es de modo completo). Sobre tal requerimiento de congruencia, ya MIR PUIG, *LH-Gimbernat*, p. 1312: “si la antijuridicidad ha de ser infracción de un imperativo, presupondrá la culpabilidad del sujeto”; y EL MISMO, *Estado, pena y delito*, pp. 311 y ss.

⁴⁸ Así, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 489 y ss., 524 y ss., quien, manejando un concepto de norma como directiva de conducta, desarrolla las circunstancias bajo las cuales resulta idóneo el lenguaje directivo, entre las que, desde luego, destaca la capacidad de cumplimiento del agente, concluyendo que es superfluo dirigir una directiva a un incapaz. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 681 y ss., considera que el concepto de injusto debe “incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que ha infringido un imperativo de conducta (...)”, por lo que la antinormatividad decae no solo a falta de un criterio de imputación subjetiva, sino también cuando al sujeto le es “psíquicamente imposible conocer el desvalor de su hecho”, así como cuando le es “psíquicamente imposible sustraerse al impulso delictivo”. Desde otro sector doctrinal, hay planteamientos que supeditan no solo la desaprobación del comportamiento al carácter culpable de la infracción, sino incluso la propia existencia de una norma de comportamiento. Así, FREUND/ROSTALSKI, «Normkonkretisierung und Normbefolgung», *GA* (2018), pp. 264 y ss., quienes, amén de considerar que un injusto personal de acción no culpable es una *contradictio in adiecto*, pues el reproche por un comportamiento defectuoso solo puede levantarse frente a un ciudadano que, en la situación concreta, pudo construir y seguir la correspondiente norma de comportamiento (*ibidem*, pp. 267 y 273), tematizan dicha capacidad de seguimiento dentro de las condiciones de validez de una norma de comportamiento, concretada en virtud de un contexto y destinatario específicos (*ibidem*, pp. 270 y ss.).

⁴⁹ Pues no se trata de que el deber mismo implique poder, sino que es su uso (práctico y no teórico) el que lo presupone. Para esto último, véase HARE, *Freedom and Reason*, 1963, pp. 53 y ss. En cambio, como es usualmente formulada y utilizada, la máxima “deber implica poder” tiene la prestación de establecer

la antinormatividad), resulte preferible discurrir en torno a un “deber *exige* poder” (en el primer nivel de imputación)⁵⁰. Con esta forma de proceder, por lo demás, se resguarda la propia idea de normatividad. Pues para que un estándar de comportamiento resulte vinculante es necesario disponer de una noción objetiva de corrección que permita comunicar a sus destinatarios *una* manera determinada de cómo han de ser las cosas, un contenido que no sea dependiente de la perspectiva o de la posición en que se encuentran aquellos⁵¹. De lo anterior se sigue que, en los casos en los que un sujeto no está en condiciones de dar seguimiento a la respectiva norma de comportamiento, en sentido estricto, cabría más bien hablar de un “*impossibilium nulla est imputatio*”.⁵²

Al modelo acogido también se ha criticado que si, tratándose de delitos resultativos, solo se encontrasen prohibidos los comportamientos que efectivamente redundarán en la producción de tales resultados, entonces sería “demasiado tarde para prohibir su causación”⁵³. De ahí que, para que un sujeto pueda orientar su comportamiento conforme a la norma, como ya se ha señalado, la mayoría de la doctrina proceda a integrar dentro

restricciones en el ámbito de los deberes de un sujeto, pero solo una vez que se conocen sus capacidades. A la inversa, puede haber escenarios en los que tales capacidades se desconozcan —como ocurre justamente con las normas jurídico-penalmente reforzadas, que, por su carácter general, no pueden contar con las capacidades situacionales de destinatarios concretos—, pero en los que se parte de la base de que un círculo de sujetos tendría que ajustar su comportamiento a un determinado estándar, por lo que, en tales casos, la máxima informará acerca del objeto al que sus (potenciales) capacidades habrían de aplicarse. Cfr. MARTIN, «Ought but Cannot», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 109 (2009), pp. 110 y ss., quien, para tales efectos, distingue una aplicación de la máxima “deber implica poder” como “restrictiva-de-deberes” (*duty-restricting*) de otra aplicación como “extensiva-de-capacidad” (*capacity-expanding*), según si lo conocido son las capacidades o las obligaciones de un sujeto, respectivamente. Nótese que cuando un sujeto carece de las capacidades necesarias para cumplir cierto estándar de comportamiento, la máxima “deber implica poder” igualmente desempeña una función normativa, consistente en informar sobre la posición normativa de ese sujeto (cfr. *ibidem*, p. 126). En consecuencia, cuando se afirma que un sujeto ha ejecutado un comportamiento antinormativo, careciendo de las capacidades necesarias para que la norma infringida hubiese fundamentado en él un concreto deber (de acción o de abstención), *también* se está utilizando la máxima “deber *exige* poder”, precisamente para hacer explícita la posición deóntica (desfavorable o incluso insuperable) en que se halla tal sujeto y, en consecuencia, que no resulta procedente su imputación.

⁵⁰ Sobre este modo de formular la máxima en cuestión, STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, 2016, p. 275, nota 446. En el texto se deja constancia que dicha formulación resulta preferible en el primer nivel de imputación, en el que sí cabría hablar de deber *stricto sensu*, en la medida en que el sujeto efectivamente disponga de las capacidades físicas y epistémicas necesarias para dar seguimiento a la norma de comportamiento, que, al constituir un objeto de referencia *fijo* para sus destinatarios, clausura el riesgo de circularidad al que se encuentra expuesto el desarrollo de este análisis en el plano de la antinormatividad.

⁵¹ Cfr. MAÑALICH, *Enfoques penales*, Marzo (2018), p. 23, puntualizando que la independencia del contenido de la norma es precisamente aquello sobre lo cual descansa la posibilidad de su pretensión de vinculación. Véase también VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 56, quien, a su vez, asocia a la tesis que se comenta la importancia de evitar que haya tantos contenidos de la norma como destinatarios de ella.

⁵² HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 20, invoca esta máxima, pero solo por referencia a aquellos casos en los que el sujeto se halla en una situación en la que la ejecución de una acción le resulta físicamente imposible. En cambio, otorga un alcance más general a este principio, como aquí, en la imputación de primer nivel, VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 239 y ss.

⁵³ RENZIKOWSKI, en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, p. 635. En una dirección crítica similar, véase FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 2/36. Por su lado, DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, p. 73, apunta que, si el suceso solo puede ser verificado desde una perspectiva *ex post*, “lo que en verdad se prohíbe son las acciones que conducen a (o no evitan) la muerte de otro individuo”.

de la norma las condiciones que permitirían que ese sujeto pueda darle seguimiento. En pos de favorecer el desempeño de dicha función de determinación, se procede a ajustar el contenido de la norma, que pasaría a abarcar así, como contrarios a ella, comportamientos que aún no producen el resultado en cuestión⁵⁴.

Frente a esto, sin embargo, se impone precisamente la necesidad de distinguir entre el contenido de una norma de comportamiento y sus potenciales funciones. Lo anterior parte por controvertir la extendida comprensión según la cual el autor quebrantaría dos normas distintas (una de valoración y otra de determinación)⁵⁵. Esta precisión permite advertir que, sea que se la utilice *como* estándar evaluativo, sea que se la utilice *como* directiva de conducta, el contenido semántico de una norma de comportamiento no varía según la función pragmática que se asocie a ella⁵⁶. Cuando un sujeto realiza un comportamiento que satisface la descripción de un tipo delictivo tiene lugar en el mundo aquello que es objeto de desvaloración, como también aquello que se esperaba que el sujeto no realizara, si hubiese orientado su comportamiento conforme a la norma; en cambio, lo que permanece abierta es la pregunta acerca de las condiciones bajo las cuales ha tenido lugar ese suceso.

Como consecuencia de lo anterior, cabe descartar que tal clase de normas, en sí mismas, representen una valoración (por el hecho de que a ellas se asocie el desempeño de una función evaluativa o de baremo de comportamientos), como igualmente cabe descartar que ellas constituyan, en sí mismas, una directiva de conducta (por el hecho de que se espera de ellas el efecto de configurar el comportamiento de sus destinatarios)⁵⁷.

⁵⁴ Así, como objetan FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 2/33, a pesar de su claridad y simplicidad, los conceptos de normas de comportamiento que se basan en una perspectiva *ex post* fracasarían. En la misma línea, recientemente ROBLES PLANAS, «Norma de conducta», *InDret*, 1 (2019), p. 5, opone que un “sistema de normas de conducta que realmente ‘proteja’ debe adelantarse a la lesión y operar en el momento en que la persona es capaz de influir en su propio comportamiento”.

⁵⁵ Advierten acertadamente que tales funciones se refieren a una sola norma de comportamiento, por ejemplo, MIR PUIG, *LH-Gimbernat*, p. 1312; RENZIOWSKI, en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, p. 636; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 394, nota 20.

⁵⁶ Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 58; MAÑALICH, *REJ*, 12 (2010), pp. 176 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 44. Coincide en este aspecto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 264: la norma tiene el mismo contenido independientemente que vista el ropaje de norma de valoración o de determinación. Ahora bien, y en contraste con lo que concluye Pawlik, esto último no tiene como consecuencia que se debilite la diferencia entre injusto y culpabilidad, sino que solamente habla acerca del hecho de que las funciones asignadas a una norma de comportamiento no son un expediente idóneo para sustentar dicha diferenciación. Por otro lado, en una línea análoga a la apuntada en el texto, véase MARTIN, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 109 (2009), p. 115, quien, comentando la posición de Hare, precisa que el “deber implica poder” es una conclusión que descansa en afirmaciones sobre la *función* o el objetivo de un imperativo, es decir, en afirmaciones sobre las *circunstancias* en las que un acto de habla prescriptivo es apropiado: “no es un resultado obtenido de un análisis semántico del ‘deber’, sino de la comprensión del contexto *pragmático* y de las *presuposiciones* contextuales que operan en la emisión de órdenes”. (Cursivas añadidas).

⁵⁷ Una norma *en tanto que* directiva resultaría infringida por el solo hecho de no ser reconocida como premisa vinculante en el propio comportamiento, aun cuando no se satisficiera completamente su contenido

Ciertamente, esta última función solo podría ser desempeñada desde una perspectiva *ex ante*, pues es necesariamente previo a ejecutar cierta acción que un sujeto tiene la oportunidad para hacer de la respectiva norma una razón vinculante. Pero el hecho de que el resultado acaezca necesariamente después de ejecutada la acción no impide que la norma pueda desplegar una función directiva “en tanto sea posible al destinatario saber *ex ante* qué configuración ha de tener *ex post* una acción, para así omitirla o ejecutarla de conformidad a deber”⁵⁸. Por esto, para conservar la pretensión de que una norma llegue a incidir en el momento en que un sujeto configura su propio comportamiento no es necesario que también el juicio relativo a su antinormatividad se anticipe a dicho estadio, pues entonces, en los delitos resultativos, tendría que prescindirse de circunstancias sin las cuales ya no se satisface la respectiva descripción típica. Así, por ejemplo, si la clase de acción prohibida consiste en matar a otro, solo puede contar como una instancia de dicha acción un comportamiento respecto del cual, efectiva y no solo potencialmente, pueda predicarse como consecuencia causal la de haber producido la muerte de otro. Que un sujeto no haga del seguimiento de cierta norma una premisa vinculante en su razonamiento práctico solo permite afirmar el fracaso de la función directiva de aquella norma, empero, la antinormatividad de dicho comportamiento requerirá que, en efecto, este exhiba cada una de las propiedades que lo hacen subsumible en el correspondiente tipo delictivo. Por esto, como ya señalara Vogel, tratándose de delitos resultativos, en realidad, *ex ante* sí consta cómo no debe ser un comportamiento, esto es, como no productivo de cierto resultado; la que queda abierta, en cambio, es la pregunta de si un comportamiento concreto causará dicho resultado, pero ninguna norma concebible podría efectuar ese juicio⁵⁹. Nótese, por lo demás, que esta misma dificultad permanece también cuando el contenido de la norma se reformula bajo la forma de una prohibición de crear riesgos jurídicamente desaprobados o (de manera más restrictiva) de comportamientos “conducentes” a la producción de cierto resultado, pues en cada caso tampoco podría ser la propia norma la que fije, *ex ante*, qué comportamientos satisfarían tales condiciones.

En síntesis, ante la atendible preocupación de no ampliar ilegítimamente el marco de responsabilidad penal, cabe notar que los límites materiales que suelen introducirse por vía de un enriquecimiento de la norma de comportamiento pueden también obtenerse en las categorías personales respectivas, esto es, las que condicionan la imputación de un hecho a un sujeto, y, en definitiva, la aplicación eventual de una norma de sanción, sin

proposicional, que pasaría así a un segundo plano. Con ello, para ajustar el comportamiento a un estándar deóntico de tales características no bastaría con la falta de correspondencia entre lo no ejecutado por el sujeto y lo prohibido por la norma (o entre lo ejecutado por el sujeto y lo requerido por la norma), sino que, además, sería preciso confirmar que el seguimiento de la norma, en efecto, ha sido la razón *por la cual* ha tenido lugar dicha adecuación externa.

⁵⁸ MAÑALICH, *REJ*, 12 (2010), p. 183.

⁵⁹ VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 55.

que de esta manera el establecimiento de lo jurídicamente correcto (e incorrecto) pase a depender de la perspectiva del agente⁶⁰. En ese sentido, es relevante acentuar que tanto la concepción de antinormatividad antes esbozada, como la diferencia entre esta y un injusto jurídico-penal, no ha de oscurecer el hecho de que, en última instancia, el objeto *definitivo* de un reproche jurídico-penal seguirá estando constituido por una infracción de deber culpable⁶¹. Por último, por la vía aquí defendida no se renuncia a la legítima pretensión de que las normas puedan llegar a desempeñar una función directiva; al contrario, dicha posibilidad tendría que verse favorecida precisamente cuando se cuenta con un parámetro fijo de qué es aquello que inequívocamente caería bajo la prohibición, de tal manera que el agente advierta que ha de evitar.

III. Dos niveles y dos formas de imputación

Una vez fijado el comportamiento que será objeto de una eventual imputación jurídico-penal, para que esta efectivamente tenga lugar es preciso que al sujeto en cuestión le haya resultado posible y exigible dar seguimiento a la respectiva norma de comportamiento, pues solo así puede articularse la imputabilidad de su quebrantamiento⁶². Este análisis se

⁶⁰ En consecuencia, se trata distinguir entre las condiciones de las cuales depende la validez de una norma de comportamiento, como estándar jurídicamente vinculante, de aquellas otras de las que depende la legitimación no de la norma misma, sino de la imputabilidad de su infracción. Para esto último cabe notar que, cuando tiene lugar una imputación aberrante —por ejemplo, por contravenir la máxima *ultra posse nemo obligatur*—, la ilegitimidad no descansa en la respectiva norma —cuyo establecimiento ha sido objeto de un discurso de justificación previo al de su aplicación—, sino en las condiciones anómalas bajo las cuales el órgano adjudicador efectúa dicha imputación. Una imputación bajo tales condiciones, amén de ilegítima, efectivamente, carece de sentido, pero esto último no alcanza a la existencia de la norma propiamente tal, cuyo *contenido* no por ello será lógicamente falso. A la inversa, la introducción en el contenido de la norma de comportamiento de (algunas o todas) las condiciones de las cuales depende la legitimidad de la imposición de una pena, conduce a debilitar la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción (así como entre hecho antinormativo y hecho delictivo), en la medida en que, de este modo, lo prohibido tiende a ser definido en función de lo que es merecedor de pena, y, a la inversa, aquello que merece pena tiende a tenerse como constitutivo de injusto.

⁶¹ Al cabo de este análisis preliminar, podrá haberse verificado que la noción de “infracción de deber”, tal como es empleada en este contexto —y lo será a lo largo de esta investigación—, no equivale a la categoría de los llamados “delitos de infracción de deber”. Según esta última, la sola infracción de ciertos deberes extra-penales permitiría fundamentar la condición de autor de ciertos sujetos, y respecto de cierta clase de delitos, con independencia de la calidad de su contribución al hecho. En cambio, aquí la expresión “deber” no tiene un rasgo institucional, sino práctico, pues designa la obligación de omitir o ejecutar un concreto comportamiento, susceptible de ser fundamentada por medio de una inferencia práctica en cuya premisa mayor aparece situada una norma de comportamiento. Así, desde este punto de vista, solo puede infringir un deber (fundamentado a partir de la respectiva norma) un sujeto a quien se le genera la oportunidad de ejecutar u omitir un comportamiento que, efectivamente, sería instancia de la clase de acción prohibida o requerida, respectivamente. Para un clarificador contraste de ambos usos de la noción “deber”, véase CONTESSE SINGH, «La omisión impropia como hecho punible», en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas Penales*, 2017, pp. 48 y s.

⁶² Dado que el dolo y la imprudencia, así como las modalidades de intervención delictiva, serán trabajados en esta investigación como estructuras de imputación, cabe registrar que las expresiones “quebrantamiento imputable” o “imputabilidad por el quebrantamiento” de una norma, a menos que se explicita lo contrario, y se las refiera a la capacidad de motivación, se utilizarán generalmente en sentido laxo. De este modo, se discurrirá en torno a “hechos imputables a título” de dolo, de imprudencia, de autoría, y de participación, sin que ello implique la asunción de compromisos teóricos concernientes al plano de la culpabilidad.

divide en dos pasos⁶³. Un primer nivel de imputación, relativo a la capacidad de acción del agente, de cuya afirmación se sigue la constitución de un injusto jurídico-penal; y un segundo nivel de imputación, concerniente a la capacidad de motivación del agente, del cual se sigue la afirmación de culpabilidad (por el injusto). A su vez, ambos juicios de imputación pueden operar de dos formas: por vía ordinaria o extraordinaria. En el primer caso, tanto en la imputación de primer y de segundo nivel, se satisfacen los presupuestos de los cuales depende, por defecto, la atribución del hecho a un sujeto. Tratándose de una imputación extraordinaria, en cambio, a pesar de que no se satisfacen los presupuestos generales de los que depende la imputación en el correspondiente nivel, se efectúa la imputación respectiva, por verificarse un fundamento distinto para dicha imputación⁶⁴. A continuación, un breve esbozo de ambos niveles y formas de imputación.

Según fuese anticipado, y de acuerdo con el modelo de análisis acogido, el primer nivel de imputación presupone haber identificado el comportamiento por cuya eventual atribución se interrogará⁶⁵. En este momento del análisis, se trata de determinar si dicho comportamiento es o no imputable *qua* acción u omisión al sujeto, lo que dependerá de su capacidad de evitación intencional. Esta última se afirmará en la medida en que el sujeto haya *podido* formarse y realizar la intención de abstenerse de ejecutar cierta acción (prohibida) o de ejecutar cierta acción (requerida). En concreto, para haberse formado dicha intención, el sujeto tendría que haber dispuesto de capacidades epistémicas que le hubiesen permitido advertir actualmente la necesidad de omitir o ejecutar cierta acción. Mientras que, para realizar dicha intención, el sujeto además tendría que haber contado con la capacidad física necesaria. Afirmadas ambas condiciones, entonces puede imputarse el hecho como una infracción de deber dolosa al agente.

Si alguno de tales presupuestos no se satisface, en principio, decae la imputación de primer nivel. Pero dado que es posible que el déficit que un sujeto padece en sus capacidades físicas o epistémicas sea imputable a su propio comportamiento, entonces se abre la posibilidad de una imputación extraordinaria de ese hecho, a título de una infracción de deber imprudente⁶⁶. Puesto que se trata de uno de los temas centrales de

⁶³ Sobre estos dos niveles y formas de imputación, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, pp. 15 y ss., 23 y ss. En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 452 y ss. Para el modelo que aquí se sigue, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 41 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 46 y ss.

⁶⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 35 y s., denomina “reglas consecutivas” a las que permiten enlazar dos términos como consecuencia lógica, y, en cambio, “reglas adversativas” a las que permiten imputar un suceso a pesar de no darse los elementos que fundamentan su imputación de manera consecutiva.

⁶⁵ Dicho comportamiento será antinormativo en la medida en que efectivamente satisfaga cada una de las propiedades de la clase de acción descrita en un tipo de la Parte especial. En la tentativa de delito, el comportamiento objeto de imputación precisamente será aquel que no satisfaga dicha descripción, y que, sin perjuicio de lo cual, el agente tendría que haberse abstenido de ejecutar conforme a deber.

⁶⁶ Sobre esto, en detalle, *infra* Cap. Tercero II.

esta investigación, sobre la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria habrá oportunidad de volver en reiteradas ocasiones.

Ahora bien, cabe anticipar que, según la tesis que será defendida en esta investigación, dentro de la imputación de primer nivel también cabe examinar la respectiva modalidad de intervención delictiva aplicable. Pues la pregunta acerca de la capacidad de un sujeto para evitar cierto suceso no alcanza a responderse de manera suficiente solo por referencia a las razones y condiciones bajo las cuales ese sujeto podría haber evitado realizar el comportamiento que es objeto de imputación, sino que exige, igualmente, determinar la forma bajo la cual tendría que haberse comportado, cuestión que, tratándose de supuestos en los que intervienen una pluralidad de sujetos, dependerá de la clase de relación agencial que los vincula. Formulado en breve: la capacidad de acción (o de evitación intencional) no solo incluye la imputación subjetiva del hecho, sino también una modalidad “objetiva” bajo la cual se estructura la imputación del mismo. Sobre este extremo se volverá tras haber analizado, en sus dimensiones esenciales, los criterios de imputación subjetiva, por un lado, y las modalidades de intervención delictiva, por el otro⁶⁷.

Por su lado, una vez constituido un injusto jurídico-penal, en el segundo nivel de imputación, la pregunta central consiste en determinar la culpabilidad *por* ese injusto⁶⁸. Pues, aunque la afirmación de un injusto, como tal, no resulta suprimida por el hecho de que no se satisfagan las condiciones de este segundo nivel de imputación, ciertamente, si esto fuese así, entonces se estaría frente a un injusto jurídico-*penalmente* infértil⁶⁹.

De ahí que, precisamente porque la culpabilidad solo puede recaer sobre un comportamiento constitutivo de injusto, pero no todo injusto satisface las condiciones de las cuales depende la afirmación de su carácter culpable, tiene sentido diferenciar ambos niveles de análisis⁷⁰. Aun bajo una unificación sintética de ambos juicios —sea, por ejemplo, porque se considere que solo una acción libre cuenta como tal, sea porque solo de esta manera es susceptible de un sentido comunicativo—, la determinación de qué es aquello que un sujeto ha ejecutado o ha omitido ejecutar, teniendo la capacidad de

⁶⁷ Cfr. *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.

⁶⁸ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, pp. 21 y s., por referencia a la *imputatio iuris*. Véase también KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 35, 120 ss.; MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, 1 (2013), pp. 9 y ss.

⁶⁹ Cfr. MAÑALICH, *RD*, 1 (2011), p. 102, aunque específicamente a propósito de la adscripción de dolo que, por faltar el correspondiente conocimiento de la antijuridicidad, carece de relevancia para la culpabilidad.

⁷⁰ En efecto, la necesidad de una “culpabilidad por el injusto” determina que la capacidad de acción devenga en presupuesto de la de motivación; en cambio, la primera puede verificarse con independencia de que el agente carezca de esta última capacidad, y de ahí, en definitiva, la posibilidad conceptual de un “injusto no culpable”. Que tenga o no efectos la constatación de este último es una pregunta distinta a las de si tal distinción es lógicamente practicable y axiológicamente justificada. Sobre las repercusiones de esta diferencia para el concepto de autoría, *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.1.

evitarlo, seguiría exhibiendo prioridad analítica con respecto a la cuestión acerca de bajo qué condiciones motivacionales no lo ha evitado. Pues bien, de esta manera, en este segundo nivel de la imputación debe determinarse si acaso el agente dispuso de la posibilidad de haber motivado su comportamiento de conformidad con el contenido de la respectiva norma, y si ello, a su vez, hubo de resultarle exigible, en atención a las circunstancias particulares en las que actuó (o dejó de hacerlo)⁷¹. Si ambas preguntas se contestan de manera afirmativa, entonces se constituye una infracción de deber culpable, y, con ello, el objeto definitivo de un posible reproche jurídico-penal⁷². No está demás precisar que, para esto último, no es necesario que el autor se haya motivado positivamente en orden a infringir la respectiva norma, pues cuál haya sido su motivación real es algo que, generalmente, carece de relevancia; lo decisivo, en cambio, consiste en que, a pesar de haber sido capaz de motivarse con arreglo a la norma, no lo haya hecho⁷³.

De acuerdo con las reglas generales, dicha imputación decaerá, por ejemplo, si el agente padece algún déficit psíquico de gravedad que le ha impedido motivarse conforme a la norma, carece de una madurez psíquica legalmente suficiente, desconoce el carácter prohibido de su comportamiento, o si, dadas las circunstancias bajo las cuales ha actuado, a su respecto hubiese resultado inexigible actuar de manera distinta. Sin embargo, también en este segundo nivel es posible que tenga lugar una imputación extraordinaria, cuando la capacidad deficitaria de motivación del sujeto se origina en un comportamiento propio, como ocurre en los supuestos de *actio libera in causa* (de acuerdo con el llamado modelo de la excepción) y de error de prohibición vencible⁷⁴.

⁷¹ A diferencia de la imputación de primer nivel, donde se trata de la pregunta acerca de si un sujeto podía formarse y realizar la intención de ejecutar o abstenerse de ejecutar cierta acción, y que puede ser afirmada independientemente de si, en efecto, dicho sujeto podía y le era exigible haberse motivado de acuerdo con el reconocimiento de su acción como una instancia de comportamiento jurídicamente correcto, en la imputación de segundo nivel se indagan las condiciones motivacionales bajo las cuales ha sido ejercida tal capacidad de agencia. La pregunta de si acaso el sujeto podía haberse formado y realizado la intención de priorizar el seguimiento de la norma frente a otras alternativas presupone hablar de un sujeto actuante. Bajo el esquema que ofrece KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 41 y ss., la diferencia entre ambos niveles de imputación puede presentarse con arreglo a un modelo de intenciones escalonadas: en el primero se trata de una intención (de primer orden) referida solo a la capacidad de omitir o de ejecutar cierta acción; en el segundo, en cambio, de la intención (de segundo orden) relativa a la intención de ajustar el propio comportamiento a la norma, por vía de una autoevaluación reflexiva. Para esa distinción, que permite hablar de “acciones no libres”, véase FRANKFURT, *The importance of what we care about*, 1988, pp. 11 y ss.

⁷² Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 496, la *imputatio iuris* se presenta como el juicio adscriptivo por antonomasia. Sin embargo, cabe notar que la imputación a título de demérito y, con ello, un efectivo reproche jurídico-penal, no se materializará sino una vez satisfechas las condiciones que hagan del respectivo hecho no solo uno de carácter delictivo, sino también punible.

⁷³ MAÑALICH, *InDret*, 1 (2013), pp. 7 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 69.

⁷⁴ HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, p. 24. Sobre las estructuras de imputación extraordinaria en el segundo nivel, véase VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 338 y ss.

IV. Recapitulación

La distinción entre norma de comportamiento y reglas de imputación, entre otras cosas, posibilita la distinción entre problemas de corte prescriptivo y adscriptivo, al interior de la teoría del delito. Ello no significa que tales problemas puedan ser desenvueltos de manera absolutamente independiente los unos de los otros, pues, como se ha señalado, esta diferenciación analítica no se opone a una conexión funcional. La contradicción de una norma de comportamiento es jurídico-penalmente relevante en la medida en que existen reglas que posibilitan la imputación de ese hecho, mientras que estas últimas son herramientas útiles en cuanto permiten que un comportamiento antinormativo llegue a constituirse en un hecho delictivo (y potencialmente punible). Sin embargo, no solo es indispensable distinguir los presupuestos de los cuales depende la constitución del respectivo objeto de imputación, sino también los niveles en torno a los cuales se articula la imputación jurídico-penal. Al interior de tales niveles de imputación también se formulan clases de preguntas que pueden —y necesitan— diferenciarse entre sí.

Tras la exposición de algunos de los principales fundamentos teóricos en que se cimienta esta investigación, en lo sucesivo, los siguientes tres capítulos de esta *Primera Parte* se destinarán al análisis de dos grupos de categorías: las modalidades de intervención delictiva y las estructuras de imputación subjetiva. Por argumentos que serán desarrollados, primero de manera individual⁷⁵, y luego conjuntamente⁷⁶, ambas categorías representan reglas de imputación que se construyen en atención a la clase de relación de agencia por cuyo medio uno o varios sujetos se encuentran vinculados con un determinado hecho. Al cabo de examinar tales argumentos, se abordará el problema del concepto de autor en el injusto imprudente, ya como primer eslabón en la averiguación acerca de la plausibilidad y legitimidad de la coautoría en dicha clase de injusto.

⁷⁵ Con respecto a las modalidades de intervención delictiva, especialmente Cap. Segundo, apdo. II. Con respecto a la imprudencia, especialmente, Cap. Tercero, apdo. II.

⁷⁶ Cap. Cuarto, apdo. II.2.

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DELICTIVA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN

I. Concepciones unificadoras versus concepciones diferenciadoras de interviniente

1. Delimitaciones conceptuales preliminares

Cada ordenamiento jurídico-penal tiene la facultad de decidir si conviene o no distinguir modalidades de intervención en un hecho delictivo: en el primer caso se está ante regulaciones diferenciadoras o dualistas; en el segundo, ante sistemas legales monistas o unitarios. A su vez, sobre la base de la regulación o sistema legamente dado, pueden formularse diversas concepciones teóricas, que, a pesar de ser lo recomendable, no necesariamente coinciden, punto por punto, con los primeros⁷⁷.

De acuerdo con un criterio tradicional y ampliamente extendido, el tratamiento teórico del concurso de sujetos en el delito puede someterse a un concepto extensivo o bien a un concepto restrictivo de autor⁷⁸; fórmulas generales que podrán desplegarse bajo la forma de específicas concepciones o teorías sobre la autoría. Por supuesto, existen otros criterios de clasificación⁷⁹, pero, de cara a una primera aproximación al problema, seguramente el recién mencionado sigue siendo el más instructivo. Pues bien, según dicha taxonomía, un concepto extensivo de autor se caracteriza tan básicamente por que todo interviniente en el hecho recibe la condición de autor. En contraposición, restrictivo resulta todo concepto de autor en el que se distinguen clases de intervinientes, a saber: autores y partícipes.

Pero dicha clasificación no será plenamente acogida en esta investigación. Desde un plano formal, ella resulta parcialmente imprecisa, dado que sus categorías tienen objetos de referencia distintos, en circunstancias de que debiesen operar sobre un mismo objeto, para que, de esa manera, pudieran predicar, respectivamente, la extensión o restricción de este. Así, un “concepto extensivo de autor” únicamente se deja entender como una ampliación

⁷⁷ Además de que la caracterización de un sistema legal como unitario o dualista no es diáfana en todos los casos. Al margen de lo anterior, ya sea desde un punto de vista *de lege ferenda*, o bien, para ofrecer una comprensión alternativa de cierto sistema, es perfectamente factible teorizar con arreglo a una concepción diferenciadora en el seno de un sistema monista, como lo es también proceder, en el marco de un sistema dualista, de la mano de una concepción —más o menos— unificadora. En cualquiera de ambos casos, sin embargo, es crucial no desatender el sistema positivo sobre el cual se discurre.

⁷⁸ Para esta distinción, en lugar de muchos, véase en detalle DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 47, 407 y ss.; y PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2ª ed., 2015, pp. 351 y ss.

⁷⁹ Por ejemplo, HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 34, 287 y ss., en su estudio de Derecho comparado, distingue entre modelos y sistemas de intervención delictiva. Los modelos de participación y de autor unitario se vincularían, por un lado, con la configuración legal de las reglas de intervención delictiva y, por otro, con modelos de responsabilidad. De la combinación de ambos niveles (modelo legal y modelo de responsabilidad) se obtendría el respectivo sistema de intervención delictiva.

del alcance original de un objeto distinto al suyo; y viceversa, un “concepto restrictivo de autor” solo se concibe como tal si abarca parcialmente el ámbito que le está consagrado, esto es, si recorta una parte de un objeto previamente existente⁸⁰. Como se aprecia, la razón por la cual ninguno de ambos conceptos puede comportarse como un concepto propio de autor obedece a que, así contemplados, en ambos es *el concepto el que determina el objeto* (es decir, no se presenta una relación de predicación, sino de constitución)⁸¹. Con ello, amén de trabajar con objetos diversos —y de construirse cada uno implícitamente por referencia al otro—, los conceptos extensivo y restrictivo de autor se exhiben mutuamente como impropios.

Nótese que esa anomalía no afectaba (o no del mismo modo) a la versión primigenia de la distinción, atribuida usualmente a Zimmerl, ya que él no contrapuso directamente un concepto extensivo y otro restrictivo de autor, sino más bien una interpretación extensiva versus otra restrictiva del tipo penal⁸². Por supuesto, siendo el tipo un objeto de referencia fijo, ningún obstáculo afectaría al ejercicio teórico de ampliar o reducir su alcance. En este caso, el referente existe independientemente de su modo de presentación, el cual solo incide en el sentido (y, por añadidura, en el alcance) del primero. Ahora bien, desde los presupuestos de las versiones ortodoxas de la teoría objetivo-formal, que conducen a una identificación entre autoría y tipicidad, desde luego, esto último no fue visto como un defecto. Al contrario, desde entonces se convirtió en uno de los principales argumentos en contra del así llamado “concepto extensivo de autor”, y, a su vez, en un mecanismo de “control” en el debate interno entre los representantes de un “concepto restrictivo de autor”, a cuyas propuestas diferenciadoras, por esta razón, empezaría a imponerse la exigencia de ajustarse al mandato de determinación.

Pues bien, en virtud de todo lo anterior, aquí preferirá distinguirse entre concepciones unificadoras y concepciones diferenciadoras de interviniente, ya que esta última categoría sí puede operar como un objeto de referencia común para el contraste entre ambos modelos teóricos. A la vez, permite explicitar que el conjunto de problemas a cuya comprensión y solución se destinan las categorías y principios teóricos aquí involucrados

⁸⁰ Al respecto, ya SCHRÖDER, «Der Täterbegriff als „technisches“ Problem», *ZStW*, 57 (1938), p. 471, advertía que hablar de un concepto “extensivo” de autor resulta poco afortunado, pues precisamente el concepto “autor” es una propiedad del así entendido concepto restrictivo de autor. Con todo, nótese, como se señala en el texto, que lo mismo puede predicarse del carácter “restrictivo” de ese concepto de autor.

⁸¹ Sobre las relaciones entre ambas nociones, véanse las pioneras investigaciones de FREGE, «Sobre concepto y objeto», en EL MISMO, *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica* (trad. Valdés Villanueva), 2ª ed., 2016, pp. 123 y ss.

⁸² Aunque, ciertamente, aplicaría luego dicha distinción para analizar el principio de accesoriedad. Cfr. ZIMMERL, «Grundsätzliches zur Teilnahmelehre», *ZStW*, 49 (1929), pp. 45 y 50. Según Zimmerl, con arreglo a una interpretación restrictiva de los tipos, solo quien mata a otro ser humano ejecuta la acción homicida; no así quien induce o coopera a esta última, lo cual supondría realizar una interpretación extensiva de los tipos de la Parte especial. De manera similar, poniendo en contacto el concepto de autor con la interpretación de los tipos, SCHRÖDER, *ZStW*, 57 (1938), p. 462.

presupone la concurrencia de al menos dos sujetos⁸³. Por otro lado —y esto es crucial—, la noción de interviniente facilita la distinción de dos preguntas que, aunque íntimamente relacionadas, necesitan separarse: la primera consiste en si acaso todo interviniente en un hecho delictivo es autor; respondido esto, la segunda interroga si puede distinguirse entre autor y partícipe, así como también si caben subespecies en cada una de tales categorías. Ahora bien, para apreciar la variedad conceptual disponible conviene también advertir que un concepto restrictivo no se desempeña del mismo modo que uno diferenciador: este último considera un conjunto de objetos y solo los separa categorialmente; el primero, en cambio, considera objetos pertenecientes originalmente a un mismo grupo para seleccionar alguno o algunos entre ellos. Por ende, no toda diferenciación lleva aparejada una restricción. Efectuadas tales precisiones, los conceptos —como bases de posibles concepciones— con los cuales se trabajará en esta investigación son los que siguen.

En primer lugar, con *concepto unificador de interviniente* puede designarse el conjunto de concepciones según las cuales todos los intervinientes en un hecho delictivo revisten la misma condición⁸⁴. Esta unificación recae sobre las (posibles) categorías de intervinientes; y, como resultado de tal operación, se pasa a disponer de una (única) categoría: la de autor. Por regla general, en los sistemas legales unitarios, la condición de autor de un sujeto queda fijada con independencia de la clase de aporte que haya prestado al hecho (siempre que se cumplan los presupuestos legales que, según el caso, se requiere para exhibir la condición de interviniente⁸⁵).

Sin embargo, esa regla puede romperse si la clase de comportamiento desplegado se tiene como determinante para la caracterización de un sujeto como autor; de ser esto así, entonces ya no toda aportación fundamentaría dicha condición. Esta eventual restricción al interior de algunas concepciones unificadoras —que, en sus fórmulas al uso, por definición, no distinguen entre clases de intervinientes— queda captada por el que cabría llamar un *concepto exclusivo de autor*, según el cual la única modalidad de intervención posible es la autoría (por esto, arriba al mismo resultado de un concepto unificador), pero no toda intervención fundamenta autoría (por esto, se comporta también como concepto

⁸³ De ahí que, desde antiguo, también se hable de “concurso de personas en el delito” o de “codelinquencia”. Tales fórmulas, sin embargo, tienden a presentar el análisis de la intervención delictiva como un aspecto añadido al hecho delictivo (como lo indica también la expresión “formas de aparición del delito”), en circunstancias de que la modalidad de imputación desempeña un rol co-constitutivo al respecto.

⁸⁴ En principio, podría resultar contraintuitivo hablar de concepción unificadora de “interviniente”, y no de autor, si finalmente todos los intervinientes revestirán esta última condición. Sin embargo, amén de que “lo unificado” no es la noción de autor, sino la de interviniente, esta última permite explicitar que, aunque todos sean autores, se trata de un hecho delictivo en el que se involucran varios sujetos. El llamado concepto unitario con base funcional se funda sobre esta premisa.

⁸⁵ Como se verá, la diferencia que al respecto exhibe la regulación del ÖStGB es preferentemente categorial.

restrictivo)⁸⁶. Así, con arreglo a un concepto exclusivo de autor, podría eximirse de castigo un comportamiento que, según una concepción diferenciadora, constituiría una hipótesis de participación, y que, a su vez, en una concepción unificadora estándar cabría dentro de la categoría de autor. Este concepto exclusivo de autor, cuya caracterización como unificador podría controvertirse —ya que, aunque redundante en la afirmación de que el único interviniente posible es el autor, necesita de un criterio diferenciador que permita determinar cuándo el comportamiento en cuestión es o no constitutivo de autoría—, será retomado más adelante a propósito de la aplicación de las categorías de intervención delictiva al injusto imprudente.

También puede hablarse de un *concepto diferenciador de interviniente*. Descrito en forma laxa, en él se parte de la base de que no todos los sujetos que intervienen en un hecho delictivo revisten la misma calidad. Definido en términos más precisos, en cambio, este concepto distingue entre categorías de intervinientes, a saber, autor y partícipe, según si su comportamiento es (o se imputa como) principal o accesorio, respectivamente⁸⁷. A su vez, este concepto permite distinguir modalidades, tanto de autoría como de participación.

Como fuese anticipado, es equívoco caracterizar como “restrictivo” a tal concepto diferenciador de interviniente, pues aquel adjetivo sugiere haber recortado un concepto originalmente extensivo “de autor”, con lo cual su propiedad “restrictiva” se negaría a sí misma. En cambio, sí cabría hablar de un auténtico *concepto restrictivo de autor*, si, al interior de un modelo diferenciador en el que se reconocen distintas modalidades de autoría, se excluyera la aplicación de alguna de ellas, por ejemplo, debido a la estructura típica de ciertos delitos. Así, quienes sostienen que en los delitos de propia mano solo cabe la autoría directa, proceden, en ese ámbito, con arreglo a una concepción restrictiva de autor, al excluir a la coautoría y a la autoría mediata. Como se verá a propósito de la coautoría en el injusto imprudente, esta concepción teórica de autor se deja asociar con la

⁸⁶ De este modo, hablar de concepto “exclusivo” de autor únicamente tiene sentido en la medida en que se entienda que el autor es el único sujeto susceptible de ser interviniente, pero no solo en términos formales (o nominales), sino también materiales. Por esto, el contenido asociado aquí a la noción de concepto exclusivo de autor difiere del originalmente atribuido por ROEDER, «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt», *ZStW*, 69 (1957), pp. 238 y s. En términos críticos sobre la noción de concepto exclusivo de autor de Roeder, no alejada en demasía de lo que tradicionalmente se entiende por un concepto extensivo, véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 280, nota 49, con referencias al respecto. Asociando la decisión general (del ÖStGB) por un concepto extensivo de autor con la de un concepto exclusivo de autor, véase TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre*, 1983, p. 32.

⁸⁷ Cfr. REYES ROMERO, «Sistema de intervención delictiva y concepto de autor: apuntes sobre una discusión aparentemente superada desde la doctrina alemana», *En Letra: Derecho penal*, 10 (2020), p. 132, quien, bajo una terminología parcialmente distinta, acertadamente advierte la necesidad de distinguir la pregunta de si acaso un sistema acoge o no la distinción entre autoría y participación (en donde contraponen el sistema unitario versus el sistema diferenciado de intervención), de otra pregunta estrechamente relacionada, pero distinta, relativa al alcance de la autoría (contraponiendo los conceptos extensivo y restrictivo de autor).

tesis según la cual tanto la coautoría como la autoría mediata serían inaplicables en esa clase de injusto, en el que únicamente cabría hablar de autoría directa.

A continuación, previo a desarrollar el modelo teórico aquí favorecido, se ofrece un análisis sintético de los rasgos fundamentales que separan a las concepciones unificadoras y diferenciadoras de interviniente, como de algunas de las principales propuestas teóricas ofrecidas al interior de cada uno de ellos.

2. Principales concepciones unificadoras y diferenciadoras

2.1. Concepciones unificadoras ortodoxas

Todos los intervinientes en el hecho delictivo son autores. Según se adelantó, tal es el compromiso teórico mínimo del cual parte cualquier concepción unificadora de interviniente. Por esto, en principio, todos han de recibir una misma sanción. Conforme a una visión ampliamente acogida, otro aspecto cardinal de una concepción unificadora es que no se conciben modalidades de intervención de carácter secundario, ya que el principio de accesoriedad, espina dorsal de las concepciones diferenciadoras, es incompatible con aquel compromiso teórico básico⁸⁸. Ese diagnóstico es correcto, pero deja oculto el hecho de que, teóricamente, en una concepción unificadora ortodoxa también la coautoría y la autoría mediata devienen en estructuras de imputación *conceptualmente* prescindibles⁸⁹. Lo anterior permite precisar que la marca más general de toda concepción unificadora consiste en que la relación existente entre el comportamiento de los potenciales intervinientes, aunque se considere para efectos de configurar el respectivo objeto de la imputación —y sirva, pues, como una referencia *fáctica* común entre ellos⁹⁰—, no incide, en cambio, en la estructura del criterio que concretamente permite imputarles ese hecho. Con otras palabras, se ofrece aquí una explicación unitaria y un tratamiento homogéneo a sujetos cuyas formas de intervención

⁸⁸ KIENAPFEL, «Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft», en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 24: el principio de accesoriedad y la autoría unitaria se excluyen entre sí. Asimismo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 117 y ss., considera que la renuncia a la accesoriedad es una de las principales características del concepto unitario.

⁸⁹ Así, TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre*, p. 37, señala que aquellas nociones, junto con las de autoría paralela, inducción y complicidad, resultan superfluas e incluso conducentes a equívocos al interior de tal sistema.

⁹⁰ Sobre esta noción, que designa la dependencia recíproca que se trazaría entre los aportes de los autores en el ámbito de una concepción unificadora, véase PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 429 y 442; TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre*, pp. 43 y ss. Nótese que, aun cuando esta referencia fáctica ciertamente no equivalga a la accesoriedad de un sistema diferenciador —que sí determina una dependencia en cuanto a la estructura de imputación aplicable—, ella relativiza la extendida idea según la cual en un sistema unitario los comportamientos concurrentes quedarían aislados entre sí.

pueden ser disímiles entre sí⁹¹. Por eso, aunque la relación entre el comportamiento de varios sujetos, en términos fenomenológicos, pueda describirse como coautoría, o bien de autoría y de participación, desde una concepción unificadora todos son autores (individuales). Efectuada esta precisión, si en una legislación que acoge un sistema unitario o monista de interviniente, a la vez, se consagrare mediante cláusulas expresas la posibilidad de variar un marco penológico que, en principio, es unitario, entonces tales disposiciones se desempeñarían como preceptos restrictivos de la pena⁹².

Con todo, no es factible asegurar que toda concepción unificadora de interviniente, solamente por unificar el *título de imputación* y justificar una sanción (inicialmente) equivalente, lleve implicada la tesis de que, en términos normológicos, cada uno realizaría un “injusto propio” —mejor: que cada cual respondería de un distinto quebrantamiento de la norma y, por ende, que existiría no una unidad, sino una pluralidad de delitos—, ya que esto variará según el sustento teórico sobre el cual descansa semejante concepción. Por otra parte, también cabría distinguir, al interior de tales sistemas, aquellos que prevén una diferenciación conceptual entre intervinientes que, a pesar de esto, seguirían siendo siempre autores, de otros sistemas que, por el contrario, no realizan distinción nominal alguna. Precisamente esto último habilita la formulación de un criterio de clasificación entre concepciones unificadoras tradicionales, de base causal, y otras más próximas en el tiempo, de base normativa⁹³, y que todavía se encuentra muy extendida, aunque bajo la etiqueta de concepciones unificadoras formales y funcionales de autor, respectivamente⁹⁴.

⁹¹ Cfr. COUSO SALAS, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno», *RCDCP*, 1 (2012), p. 97.

⁹² Los defensores de un sistema unitario esgrimen el argumento de que se favorece así un sistema más justo de medición de pena. A la vez, se aduce que, bajo dicho sistema, cada sujeto respondería “exclusivamente por su propio injusto y culpabilidad”. Cfr. KIENAPFEL, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik*, p. 26. Pero, como registra GUZMÁN DALBORA, «El delito experimental», *RDPC*, 19 (2007), p. 301, tal género de preocupaciones son mucho más antiguas y se dejan reconocer ya en teorías del siglo XIX, que, para guardar el principio de personalidad de las penas, sugerían concebir la complicidad como delito autónomo.

⁹³ Se recoge aquí la diferencia introducida por VAN WEEZEL, «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS*, 8 (2009), p. 435.

⁹⁴ Para esta ya clásica taxonomía, KIENAPFEL, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik*, 26 y ss., 34 y ss. La etiqueta es equívoca, pues, por un lado, el carácter formal que exhibirían estas tesis descansaría en una falta de diferenciación que toma como base una teoría causal generalizadora, mientras que, al interior del llamado concepto restrictivo de autor, entre las más antiguas tesis objetivo-materiales, justamente están aquellas que, con arreglo a concepciones individualizadoras de la causalidad, pretendían procurarse un concepto diferenciado de interviniente. Por otro lado, el aspecto funcional que supuestamente exhibiría el sistema unitario que para estos efectos sirve de referencia —a saber, el acogido en el § 12 ÖStGB—, solo tiene rendimiento categorial, pero, en lo fundamental, no hace variar las consecuencias de su aplicación, en la medida en que todos son autores (con excepción de la tentativa de delito, en donde solo se castiga al “autor directo” y al “autor por determinación”, pero no al “autor por contribución”, § 15.2 ÖStGB).

2.1.1 Concepción unificadora de base causal

La formulación más tradicional de los sistemas en cuestión suele asociarse con el llamado concepto unitario formal o clásico, conocido por asentarse en una comprensión de la teoría del delito radicalmente dominada por la tesis causal de la equivalencia, bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*⁹⁵. Responde a una idea que reza: si toda condición para la verificación de un hecho es causa del mismo, entonces todos quienes aportan una contribución al delito deben considerarse causantes de él y, en consecuencia, autores. Por supuesto, al tratarse de una teoría generalizadora de la causalidad, la equivalencia de las condiciones no permite distinguir *semánticamente* las acciones principales de otras auxiliares. Por análoga razón, tampoco existe relación alguna de dependencia (en términos de accesoriedad) entre los comportamientos de los distintos coagentes, ni resultaría relevante, para efectos de calibrar su responsabilidad, que estos aportes causales no realicen completamente el tipo⁹⁶.

Seguramente sea el CPI de 1930 la aplicación más paradigmática de un sistema unitario formal como el recién descrito. Su artículo 110 equipara y reserva a todos los concurrentes en el delito una idéntica pena —aunque, conforme el artículo 114, susceptible de atenuarse en caso de contribuciones de mínima importancia—, solución sensiblemente condicionada por los términos en que el artículo 40 regula la relación de causalidad. El vínculo entre dicha disciplina del concurso de personas y el positivismo criminológico, todavía en boga a la sazón, representa un lugar común en la literatura italiana⁹⁷.

Una concepción tal no pudo sobrevivir. Una de las principales críticas dirigidas contra la concepción unificadora formal evocó con insistencia la idea “naturalista” del delito en que se forjó, que conducía a entenderlo como “procesos puramente causativos”, y que, según una opinión extendida, terminaba por disolver la forma y el contenido de los tipos penales⁹⁸. Allende lo anterior, la arista más problemática que introduce una concepción unificadora de esta índole no reside (tanto) en que todos quienes contribuyen al hecho, en efecto, sean considerados “causantes” del mismo, sino en que da por sentado que todos los comportamientos satisfacerían la descripción del respectivo tipo, y en que, ya por esta sola razón, todos contarían como autores⁹⁹. Con tal reconvención, puede anticiparse una

⁹⁵ Al respecto, en profundidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 67 y ss.

⁹⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 5.

⁹⁷ Por todos, FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal. Parte general* (trad. Niño), 4ª ed., 2007, p. 489.

⁹⁸ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal* (trad. Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, § 61 II. 1; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/10. Sobre las dimensiones de esta crítica, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 357 y s.

⁹⁹ Crítico ya ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. Sancinetti), 2008, p. 141: la causalidad “debe regir del mismo modo para todas las formas de intervención, por tanto, no puede servir para su distinción”. Por lo demás, como acertadamente advierte VACCHELLI, *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, 2020, p. 39, así como en los sistemas diferenciadores

premisa que acompañara el curso de esta investigación, a saber: que uno o varios sujetos causen un evento nada dice aún acerca de su condición de agentes.

2.1.2. Concepción unificadora clasificatoria

Por su parte, el que suele llamarse concepto unitario funcional de autoría concibe la causalidad como un presupuesto más de ella, por entender que la autoría sería un problema concerniente al ámbito de la individualización de la pena y, por tanto, dominada por criterios de merecimiento y de necesidad. A diferencia del anterior, en este modelo sí se realizan —precisamente con fines operacionales— diferencias categoriales entre modalidades de autoría, pero situadas todas en un mismo plano valorativo y, por ende, amenazadas con idéntica sanción¹⁰⁰. Según sus representantes, dicha forma de proceder resultaría incluso conveniente desde un plano legislativo —así opera el § 12 ÖStGB¹⁰¹— por cuanto, de nuevo en contraposición con el sistema unitario de base causal, aquí sí podría satisfacerse el mandato de determinación. De todos modos, como concepción unificadora que es, el modelo clasificatorio también supone renunciar a la accesoriedad, no ya solamente porque tales modalidades de autoría siguen siendo especies de un mismo género, sino porque el trasfondo de la accesoriedad debiese entrar en pugna con la idea de que cada sujeto respondería exclusivamente de un injusto autónomo¹⁰².

Esta concepción unificadora modificada tampoco ha logrado imponerse. Por de pronto, se le objeta que la distinción puramente interna de diversas categorías de autoría perdería sentido si de ella se extraen escasas consecuencias¹⁰³. Pues, según se señala, si se pretende que en el marco conceptual se establezca un mismo castigo para todos los intervinientes, procurando así la posibilidad de una sanción individual proporcionada —al considerar, entre otros factores, la clase de contribución—, haciendo de este asunto, entonces, uno estrictamente penológico, seguiría resultando necesario dotar a tales categorías de cierto contenido. Así, a esta concepción suele asociarse un respeto meramente formal a la

se plantea la pregunta acerca del castigo de los partícipes, tampoco en los sistemas unitarios resulta evidente por qué habría de castigarse (y en tanto que autores) a quienes han contribuido en un momento anterior a la intervención de otro que ejecuta un comportamiento antinormativo y culpable.

¹⁰⁰ Cfr. KIENAPFEL, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik*, pp. 34 y ss. Para un análisis detallado de este sistema, véase también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 102 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 413 y ss.

¹⁰¹ Según el § 12 ÖStGB: “[n]o solo el autor inmediato comete la acción punible, sino también todo aquel que determina a otro a ejecutarla o contribuye a su ejecución”.

¹⁰² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 104.

¹⁰³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 12. Por su lado, ROTSCH, „*Einheitstäterschaft*“ statt *Tatherrschaft*, 2009, p. 139, critica que en un sistema unitario funcional como el austríaco, donde se habla de “autoría por contribución” (*Beitragstäterschaft*) y “autoría por determinación” (*Bestimmungstäterschaft*), poco se gana, si tales categorías apenas se dejan distinguir de la complicidad e inducción, respectivamente. Para una crítica más matizada, en cambio, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 80 y 89.

legalidad, en especial en lo que atañe a la “autoría por contribución”, formulación que amenazaría con absorber casi cualquier comportamiento de favorecimiento¹⁰⁴. Si acaso esta crítica realmente tiene el peso argumental que tiende a asignársele y, de ser así, si frente a ella se hallan inmunizados los sistemas legales diferenciadores, son asuntos sobre los cuales se volverá al examinar las ventajas de estos últimos. Por de pronto, solo interesa notar que la consagración de una “autoría por contribución” y, especialmente, de una “autoría por determinación”¹⁰⁵ supone también el reconocimiento de sendos “delitos de participación”, predicables de sujetos a los que perfectamente cabría llamar “autores accesorios”, ya que su propia condición de autor reconduciría al hecho de otro.

2.2. Concepciones diferenciadoras

El compromiso teórico mínimo que asume toda concepción diferenciadora se reduce a lo siguiente: no todo interviniente en el hecho delictivo es autor. Como se ha señalado antes, la mayoría de las concepciones diferenciadoras son, además, restrictivas, en el sentido de que, junto con el autor, reconocen otra clase de interviniente, a saber, el partícipe. En este grupo puede incluirse —siguiendo la interpretación acogida por sus respectivas doctrinas dominantes— sistemas tales como los regulados en los Códigos penales español (artículos 27, 28 y 29), chileno (artículos 14, 15, 16 y 17) y alemán (§§ 25, 26 y 27)¹⁰⁶.

Pues bien, el vínculo entre el *comportamiento* de ambas clases de intervinientes recién mencionados se vuelve operativo a partir de una relación de dependencia a la que, con la doctrina mayoritaria, puede denominarse accesoriedad. Ahora bien, el grado de dependencia bajo el cual se configura dicha relación, que supedita la punibilidad del partícipe, así como el interrogante acerca de si este último infringe (o no) una norma de comportamiento distinta y, con ello, si deviene en responsable por un injusto que puede exhibirse como genuinamente autónomo, o bien, como propio, pero dependiente del injusto del autor, son cuestiones sobre las cuales, como es ampliamente sabido, existe un

¹⁰⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 130.

¹⁰⁵ Más en la “autoría por determinación” que en la “autoría por contribución”, en razón de lo contemplado en el § 15.2 ÖStGB, al que se hizo ya mención.

¹⁰⁶ Aunque tales legislaciones suelen ser descritas como sistemas dualistas, ello no excluye interpretaciones minoritarias según las cuales en ellas no se resolvería de modo definitivo la disyuntiva, o incluso, que existirían argumentos en favor de la vigencia de un sistema unitario. El principal de tales argumentos descansa en la pena que amenaza el comportamiento de ciertos partícipes —generalmente, el del inductor; y, en el caso español, además, el del cooperador necesario—, idéntica a la de los autores. Lo anterior, sin embargo, significaría pasar por alto que el factor penológico en nada altera la vigencia de un régimen de accesoriedad, amén de que, al cómplice, en varios casos, seguiría alcanzando una pena inferior. Por otro lado, la cláusula “se consideran autores”, con la cual los Códigos penales español y chileno se refieren a los partícipes que *tratan como* autores, suele ser interpretada como una regla que solo incide en la norma de sanción, pero no en la estructura misma de la relación de intervención delictiva. Para la discusión española, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y participación», *REJ*, 10 (2008), pp. 13-15; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/5 y ss.; en la dogmática chilena, v. gr., HERNÁNDEZ BASUALTO, «Art. 14», en COUSO SALAS/HERNÁNDEZ BASUALTO (dirs.), *Código penal comentado. Parte general*, 2011, pp. 367 y ss.

largo debate. Dado que los tipos de la Parte especial únicamente comprenden acciones principales, las normas relativas a las formas de participación suelen ser presentadas como causas de extensión de la tipicidad, o bien, como causas extensivas de la punibilidad. Dependiendo de cada regulación, tal extensión puede redundar en que un partícipe quede sometido a la misma sanción que un autor, por lo que la diferencia penológica entre ambas clases de intervinientes acaba exhibiéndose como un rasgo contingente.

Por tratarse de un capítulo fundamental en la teoría jurídica del delito, es natural que la diversidad de conceptos tradicionales y modernos de autor —con los que negativamente tiende a definirse también a la figura del partícipe— en la actualidad exhiba dimensiones inabarcables. En lo sucesivo, pues, se analizan las formulaciones más influyentes, pero se procurará cifrar la atención en aquellas que, según se verá más adelante, con mayor o menor fortuna han intentado aplicarse también al injusto imprudente.

2.2.1. Concepciones extensivas y subjetivistas

La fórmula extensiva del concepto de autor (o de interviniente, según se ha sugerido aquí) parte, en general, de la misma base en que sustenta la tesis unificadora de corte causal (la *conditio sine qua non*), complementada por un concepto causal de acción, y sugiere, en consecuencia, concebir a todos los intervinientes, en tanto que contribuyentes causales, como autores del hecho¹⁰⁷. Dado que los códigos suelen distinguir entre modalidades principales y accesorias de intervención delictiva, el llamado concepto extensivo de autor no es estrictamente diferenciador, sino que más bien *tiene que* trabajar sobre la base de una diferenciación. De ahí que, desde su óptica, las normas relativas a la participación también se interpreten como dispositivos restrictivos de la responsabilidad penal. Ahora bien, dado que el Derecho positivo generalmente obliga a distinguir entre autor y partícipe, y que, en el plano objetivo-causal, supuestamente, más que disonancias, solo podrían encontrarse coincidencias, la doctrina alemana de finales del siglo XIX comenzó a reconducir el análisis a aspectos subjetivos, procurando así sustentar la operatividad práctica de una distinción legalmente impuesta¹⁰⁸. Sin embargo, ello no permitiría preterir el hecho de que, por un lado, no todos los partidarios del concepto extensivo abrazaron teorías subjetivistas, a la vez que, por otra parte, no todo subjetivismo en esta materia daba por causalmente equivalentes los aportes de cada uno de los intervinientes¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Así se observa en la posición originaria de MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. Rodríguez Muñoz), t. II, 2ª ed., 1957, pp. 286 y ss., antes de experimentar un giro decisivo en favor de criterios subjetivos.

¹⁰⁸ Sobre la afinidad entre teorías subjetivistas y unitarias, véase BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 88 y 100.

¹⁰⁹ Para una corrección de este lugar común, y a la vez una cuidada revisión de las principales formulaciones subjetivistas —mucho más extendidas en la antigua doctrina alemana que en la española—, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 253 y ss. Para una distinción entre concepciones extensivas subjetivas y objetivas, véase también GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 293 y ss.

Efectuada tal reserva, las principales teorías subjetivas hicieron depender la diferencia entre autor y partícipe de la voluntad o del interés que asistiera a cada interviniente¹¹⁰.

Estas orientaciones tampoco pudieron perdurar. Entre sus falencias más palmarias suelen citarse su carácter abiertamente incompatible con la regulación positiva; vaciar de sentido el principio de legalidad; la inseguridad jurídica que provocan al supeditar la distinción entre autoría y participación a una realidad psíquica inaprehensible; y, entre muchas otras, conducir a consecuencias inconciliables con un Derecho penal del hecho¹¹¹. El carácter arbitrario de los resultados que comportan solo es superado por la desacertada pretensión de crear una realidad, carente de objeto externo, únicamente a partir de un juicio que recaer sobre un elemento interno. En definitiva: aun cuando se atribuya a un agente querer o creer “que *p*”, eso no significa en modo alguno “que *p*” sea el caso.

2.2.2. Concepciones objetivo-formales

Una de las teorías diferenciadoras por excelencia. En líneas básicas, autor es quien ejecuta o realiza, en todo o en parte, la clase de acción descrita en el tipo. Por oposición a las doctrinas recién comentadas, son objetivas, pero no por prescindir necesariamente de una imputación subjetiva, sino porque la autoría se funda en lo efectivamente realizado por el sujeto. Generalmente de manera peyorativa, se las etiqueta de formales debido a que, más allá de una referencia al tipo, no ofrecen criterios materiales para definir quién es autor.

Dos son las versiones paradigmáticas de esta tesis. De un primer lado, se encuentra la teoría objetivo-formal tradicional, cuya singularidad consiste en cifrar la autoría a la realización de actos ejecutivos. Según ella, la condición de autor depende de la ejecución de acciones que cuentan como inicio de la tentativa, de suerte que la distinción entre coautoría y complicidad se correspondería con la de actos en fase ejecutiva y actos preparatorios (aunque, desde luego, no toda intervención en fase ejecutiva fundamentaría autoría)¹¹². Predominante durante las primeras décadas del siglo XX, tuvo en Beling su

¹¹⁰ Para la primera de ellas, autor es quien obra con voluntad de tal (*animus auctoris*), el que ejecuta el hecho como propio; a la inversa, partícipe es el que interviene con voluntad de participar (*animus socii*), asumiendo la ajenidad del hecho. En cambio, para la teoría del interés, es autor quien tiene un interés concreto en el resultado del hecho punible; al partícipe, en contraposición, no le incumbe.

¹¹¹ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 27 y ss.; RENZIOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 8ª ed., 2014, § 47/46 y ss.

¹¹² Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor: fundamentos y límites*, 2001, pp. 98 y ss., además, con una exposición y crítica de esta vertiente.

principal defensor en Alemania¹¹³, entre varias otras figuras de renombre¹¹⁴, aunque desde hace tiempo totalmente desplazada por la teoría del dominio del hecho, hasta el punto de ser defendida solo excepcionalmente en la actualidad, y bajo perspectivas diversas a su formulación original¹¹⁵. La versión clásica de la teoría objetivo-formal, arriba enunciada, ha captado simpatizantes también en la doctrina española, donde probablemente Cobo del Rosal y Vives Antón han sido sus máximos exponentes¹¹⁶. No obstante, la variante de la teoría objetivo-formal de mayor influencia en la dogmática española no ha sido esta, sino la que, en términos básicos, privilegia la necesidad de que las acciones imputables a autoría sean susceptibles de “subsunción típica”. En esta línea se insertan los tempranos y fundamentales aportes de Gimbernat Ordeig, quien, contra la teoría objetivo-formal ortodoxa, señalara que “autor no es aquel que lleva a cabo una acción ejecutiva, sino que sólo aquel cuyo comportamiento es subsumible, sin más, en el tipo de la Parte especial es autor en sentido estricto”¹¹⁷. De manera similar, Rodríguez Mourullo ha definido como autor al que “realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva”¹¹⁸. En fin, las teorías objetivo-formales históricamente han tenido gran acogida en la doctrina española¹¹⁹, gozando de defensores, con mayores o menores matices entre sus propuestas, incluso tras la entrada en vigencia del CPE de 1995¹²⁰, que no provee los mismos argumentos de texto que de la regulación anterior podían extraerse en su favor.

¹¹³ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 246 y ss., 408 y ss., quien, v. gr., define coautoría como el comportamiento de varios que, en relación con un idéntico tipo penal, y en unidad de realización típica, ejecutan, sea de manera simultánea o sucesiva, cada uno una parte de la acción ejecutiva (*ibidem*, p. 408).

¹¹⁴ Por ejemplo, ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, pp. 120 y s. Para una visión de conjunto, véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 37 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 411 y ss.

¹¹⁵ Recientemente, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 10/37, consideran que una determinación material del comportamiento típico (constitutivo de autoría) no es incompatible con una teoría objetivo-formal; de hecho, según añaden, solo atendiendo al tenor literal de los tipos se podría evitar incurrir en infracciones al principio de legalidad, a través de analogías *in malam partem*. En cambio, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, 2009, pp. 146 y ss., a pesar de objetar a la teoría objetivo-formal clásica haber restringido la autoría solo a la realización del tipo de propia mano —lo que, según Becker, sería incorrecto a la luz de la actual regulación legal alemana—, defiende la tesis de que, en efecto, el elemento central de la autoría habría de ser, conforme prevé la ley, “la comisión del hecho” (*das Begehen der Tat*), por lo que un comportamiento atípico no podría fundar autoría alguna (*ibidem*, p. 148).

¹¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1999, pp. 746 y s.

¹¹⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª ed., 2006, p. 190.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, 3 (1969), pp. 461, 476.

¹¹⁹ Así, por vía de ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 467 y ss.

¹²⁰ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», en EL MISMO, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 3ª ed., 2020, pp. 705 y ss., quien enfatiza el carácter constitutivo del artículo 28 del CPE, identificando en él criterios legales materiales dotados de un doble componente (el acceso al tipo y el control del suceso típico); GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, 2006, pp. 344 y ss., 372 y ss., desde presupuestos similares a la segunda variante de la teoría objetivo-formal, pero complementados con criterios de imputación objetiva, y una perspectiva normativa *ex ante*; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 461 y ss., adoptando postulados similares a los de la teoría de la subsunción típica, desarrolla como criterio el de la capacidad lesiva directa (mediata o inmediata), aunque sea parcial, de una conducta con respecto al bien jurídico protegido;

Contra la teoría objetivo-formal, en cualquiera de sus variantes, se reclama comúnmente el carácter estrictamente rígido que la envolvería, dejándola impedida de dotar a la autoría de un contenido material concreto. La crítica a tal formalismo se resume en tres aspectos¹²¹. Primero, a propósito de los delitos de resultado puro, se dice que las teorías objetivo-formales no ofrecerían ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, con lo que se aproximarían incluso a una concepción unificadora. Segundo, serían incapaces de explicar la coautoría cuando uno de los sujetos no realiza acto típico alguno, en circunstancias de que su aporte se estima tan indispensable que resulta inconcebible no tenerlo por autor, como sucedería con el prototípico caso del jefe de la banda. Por último, de manera clásica se imputa a las teorías objetivo-formales su incompatibilidad con la autoría mediata, ya que, aunque se entendiera que, a través del instrumento, el sujeto de atrás realiza “directamente” el tipo —como si fuese un autor directo—, estas teorías no ofrecen un fundamento material para dicha imputación.

La primera de tales críticas no da en el núcleo del problema, pues tiene por insatisfecha una función que no le corresponde asumir a ningún concepto de autor; y, sin embargo, de manera paradójica, es pertinente, en la medida en que la propia teoría objetivo-formal, identificando autoría y tipicidad, precisamente asume esa labor. Sobre ello se volverá más adelante¹²². En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, la teoría objetivo-formal, en efecto, no consigue explicar ciertos casos de coautoría, pero no se trata (o no solamente) de aquellos que resultan más controvertidos —quien defiende una teoría objetivo-formal simplemente podría sostener que constituyen hipótesis de participación—, sino de otros supuestos más paradigmáticos de coautoría, a saber, aquellos en que los sujetos realizan comportamientos que solo de manera conjunta, pero no individual (es decir, de manera directa), resultan típicos. Por último, en lo que hace a la autoría mediata, la teoría objetivo-formal, efectivamente, no consigue explicar su estructura básica, a saber: que la imputación del hecho al “sujeto de atrás” está mediada por la imputación del comportamiento del instrumento.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa*, 2019, pp. 26 y ss., recupera la vertiente más tradicional de esta teoría, según la cual la condición de autor requeriría al menos una acción ejecutiva; y OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 179 y ss., quien desarrolla una tesis objetivo-formal, en complemento con la distinción entre autoría y participación como tipos de imputación.

¹²¹ Para tal conjunto de críticas, véase BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, pp. 52 y s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 464 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 330 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 61. III. 2; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general* (trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), 2ª ed., 1997, 21/25; RENZIOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/82; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 38; SCHÜNEMANN/GRECO, en MURMANN *et al.* (coords.), *LK-StGB*, 13ª ed., 2021, Vor §§ 25/15.

¹²² Cfr. *infra* II.2.2.

Actualmente, las objeciones dirigidas a la teoría objetivo-formal tienden especialmente a acusar su incompatibilidad con las manifestaciones hodiernas de la codelinquencia¹²³. Los delitos cometidos en el contexto empresarial, la responsabilidad penal por producto defectuoso, por daño al medio ambiente, o la derivada de decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados, entre otros fenómenos cuyo núcleo común son la irrelevancia que exhibirían las acciones ejecutivas, y la extendida opinión de que la responsabilidad penal debiese radicarse preferentemente en quienes deciden u ordenan su ejecución, se invocan como ejemplo de lo que se presenta como una escasa idoneidad funcional de estas teorías.

2.2.3. Concepciones objetivo-materiales. En particular: el dominio del hecho, la pertenencia del hecho y la determinación objetiva y positiva del hecho

En virtud de las críticas que han afectado a las teorías objetivo-formales, desde la segunda mitad del siglo XX surgieron propuestas diferenciadoras caracterizadas como materiales, cuyos intentos por idear una delimitación sustantiva entre el concepto de autor y partícipe se enmarcan dentro de un contexto dogmático tendente a superar el formalismo. Entre los primeros criterios perfilados aparecen principalmente los siguientes: la importancia de la contribución de cada interviniente; el momento en que se presta el aporte; lo necesario o indispensable de la intervención; junto con otras fórmulas cuyo denominador común fue apoyarse en teorías causales diferenciadoras¹²⁴. Por su carácter indeterminado, contingente y por encerrar juicios hipotéticos, ninguno de tales criterios logró imponerse.

Pero de tales teorías objetivo-materiales hubo una que perduró y aún hoy se exhibe como ampliamente dominante, a saber: el dominio del hecho. Con este rótulo, cuya paternidad se atribuye a Hegler, se ideó una teoría que en sus primeras elaboraciones reconoció una marcada impronta finalista¹²⁵, hasta ser perfilada y acabadamente desarrollada, bajo otros presupuestos teóricos y metodológicos, por Roxin, a cuya obra, como es por todos sabido, se debe el renombre y amplia adhesión con la que actualmente cuenta esta teoría. Esto último permitirá proceder aquí de manera deliberadamente sintética.

Pues bien, dos consideraciones metodológicas reclaman especial importancia en la base de la construcción roxiniana. En primer término, la definición del autor como “figura central del suceso”, punto de partida al que Roxin atribuye la función de despejar el

¹²³ Véase por todos MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *RP*, 9 (2002), pp. 74 y ss.

¹²⁴ Para una exposición y crítica detallada, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 535 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 42 y ss.

¹²⁵ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general* (trad. Bustos Ramírez, Yáñez Pérez), 11ª ed., 1970, p. 143.

camino a la síntesis entre los planos ontológico y teleológico¹²⁶. A lo anterior Roxin añade que, en concreto, únicamente puede tenerse como figura central a quien tiene el “dominio del hecho”¹²⁷, por lo que las acciones de participación quedan reducidas a la intervención en un hecho dominado por otro. La segunda premisa imbricada es que el dominio del hecho sería un “concepto dogmático abierto”, de naturaleza descriptiva —esto es, una noción ni indeterminada, ni fija—, que, desde el planteamiento de Roxin, le permitiría cumplir una función regulativa¹²⁸. Dicho esto, podrían distinguirse, como se sabe, tres clases de dominio. La autoría directa se explicaría con base en un “dominio de la acción”, manifestación más clara de la figura central en un hecho delictivo, fundada en su realización de propia mano¹²⁹. Por su parte, la autoría mediata se explicaría como un “dominio de la voluntad”. Aquí se trata de casos en los que, según Roxin, falta la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora¹³⁰. En fin, la coautoría se basaría en un “dominio funcional del hecho”, donde cada sujeto dominaría conjuntamente con otro u otros el suceso típico; es decir, no un dominio parcial, sino un dominio completo del hecho por parte de varios¹³¹. Por último, tales criterios, en la propuesta de Roxin, solo serían aplicables a los llamados delitos de dominio, pero no así a los de “infracción de deber”, ni tampoco a los de propia mano¹³².

La teoría del dominio del hecho es aceptada de manera prácticamente unánime en la dogmática alemana, mientras que en la doctrina española goza de una amplia adhesión¹³³. Pero precisamente por la exitosa acogida que ha tenido y las variadas interpretaciones que admiten conceptos abiertos como “dominio” y “hecho”, tal concierto puede relativizarse,

¹²⁶ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 29 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, de Vicente Remesal), t. II, 2014, § 25/10. En esa sintética fórmula descansa acaso uno de los compromisos teóricos esenciales de una noción de autor cuyo contenido está determinado por la idea del sujeto a quien cabría asignar la máxima responsabilidad por el hecho. De ahí que luego esta fórmula desempeñe un rol crucial en la tesis roxiniana del dominio de organización, como criterio especial de autoría mediata en casos de aparatos organizados de poder.

¹²⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 120.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 136 y ss.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 141 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, § 25/38.

¹³⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., 157 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, § 25/84 y ss.

¹³¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., 307 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, § 25/146 y ss.

¹³² En los primeros, la autoría se fundamentaría en la infracción de un deber extrapenal; mientras que, en los segundos —y siempre que bajo su ropaje no se escondan los que Roxin llama “delitos de infracción de deberes personalísimos”—, lo haría en la realización personal del tipo por el autor. Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 882 y ss. (respecto de los delitos de infracción de deber), y pp. 907 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, § 25/297 y ss. (respecto de los delitos de propia mano).

¹³³ Sin afán de exhaustividad, han acogido esta teoría en España, ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, pp. 135 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., 1997, p. 364; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 2005, p. 212; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 67 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2019, p. 410.

especialmente si se consideran las sensibles diferencias reconocibles entre algunas de las alternativas teóricas que se dejan incardinar bajo este rótulo, o que dicen adherirse a él¹³⁴.

El consenso que se ha generado fundamentalmente en torno a la versión roxiniana del dominio del hecho, por supuesto, no la exime de reparos. De los varios disponibles en la literatura especializada¹³⁵, y dejando por el momento al margen los que particularmente suscita el “dominio funcional del hecho”, sobre el cual se volverá, las objeciones aquí consideradas capitales son las siguientes. Primero, la tensión hacinada en el intento de dotar a la noción de dominio de una fundamentación que —como detecta agudamente Haas— oscila inestablemente entre lo fáctico y lo normativo¹³⁶. Inmediatamente ligado a lo anterior, la ausencia de un elemento común que permita unificar formas tan dispares de dominar un hecho. Por ejemplo, ¿por qué habría de abrigarse bajo una misma fórmula el aprovechamiento del déficit de responsabilidad de un sujeto, por un lado, y la división del trabajo, por el otro?¹³⁷ Ahora bien, para advertir la dificultad de definir un tal dominio ni siquiera sería necesario comparar dos modalidades distintas de autoría; las alarmas suenan ya a raíz del desacuerdo entre sus defensores a propósito de aspectos cardinales e internos a cada modalidad de autoría. Así, por ejemplo, a propósito de la manifestación más básica de dominio, el de la acción, no todos consideran que sea compatible con la imprudencia, de manera que, en lugar de dominio del hecho, en dicho ámbito solo cabría hablar de “dominabilidad”, “controlabilidad”, “dominio potencial”, etc.¹³⁸, observándose problemas análogos en su aplicación a los delitos impropios de omisión, a los que,

¹³⁴ Registrando múltiples variantes de esta teoría, véase SCHILD, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, § 25/24. Dicha heterogeneidad reside no solo en las diversas interpretaciones que recaen sobre el concepto de “dominio”, sino también en el de su objeto de referencia: qué es aquello que debe dominarse, o bien, cómo dicho objeto puede dominarse. Ejemplo de lo primero es la versión que para los delitos impropios de omisión ofrece SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro» (trad. Sacher), en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 987 y ss.; ejemplo de cómo se ejerce ese dominio es el llamado “dominio de configuración”, patrocinado por BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, pp. 44 y ss. La idea de dominio también varía según el fundamento en que se apoya. Anclándolo en premisas de la filosofía idealista, véase MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre*, 1993, pp. 160 y ss. En cambio, LAMPE, «Tätersysteme: Spuren und Strukturen», *ZStW*, 119 (2007), pp. 475 y ss., desde una perspectiva sociológica, sugiere que, para designar la relación entre el autor y su hecho delictivo, más exacta que la expresión “dominio”, sería la de “poder” (*Macht*).

¹³⁵ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 72; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 600, 622, 664 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pp. 113 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 60. Para la discusión alemana, fundamental, HAAS, *Die Theorie der Täterschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, 2008, pp. 21 y ss. Véase también FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 10/46; RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/98 y ss.

¹³⁶ HAAS, *Die Theorie der Täterschaft*, p. 26.

¹³⁷ KINDHÄUSER, «Infracción de deber y autoría» (trad. Mañalich), *REJ*, 14 (2011), p. 44. En la misma línea crítica, HAAS, *Die Theorie der Täterschaft*, pp. 21 y s. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, 2018, p. 357: el dominio del hecho “es poco más que un rótulo afortunado para un contenido enormemente difuso”.

¹³⁸ Al respecto, véase *infra* Cap. Cuarto, apdo. I.3.

descartada su caracterización como “delitos de infracción de un deber”, los presupuestos del dominio del hecho, concebidos para los delitos comisivos, no podrían trasladarse sin más¹³⁹. Luego, en la coautoría, resulta paradigmático el desencuentro acerca de si es necesario o no un aporte en fase ejecutiva, lo que vendría a mostrar que la disputa gira en torno a la magnitud del dominio exigido en cada caso¹⁴⁰. En fin, tratándose de la autoría mediata, el mismo tipo de problema queda evidenciado en el debate sobre la factibilidad o no de un instrumento responsable y, con ello, de un “autor detrás del autor”. Todo lo anterior valida la sospecha de que tras la noción “dominio del hecho”, en realidad, se reúnen fórmulas que tienen por objeto describir a alguien como autor de un hecho, en la medida en que lo domina, pero con el alto riesgo de devenir en circular, pues ese dominio se fundamenta de maneras tan distintas que, finalmente, lo único que exhibirían en común sería la propiedad de definir a un sujeto como autor. Así pues, el dominio del hecho se agotaría en una metáfora que solo tendría capacidad expresiva una vez que se sabe que un sujeto cuenta como autor; sostener que un sujeto es autor porque domina el hecho consistiría en un juicio analítico equivalente a decir que él domina ese hecho en tanto que es su autor. En lugar de esto, lo que se requieren son mecanismos que determinen las condiciones bajo las cuales puede imputarse un hecho a un sujeto, especialmente cuando no lo ha realizado por sí solo o directamente —lo que muestra que, en cambio, la búsqueda de fundamentos especiales para la autoría mediata y la coautoría sí es un procedimiento acertado—, de manera tal que pueda tenerse como autor de un hecho que, solo al finalizar dicha operación, es susceptible de ser imputado a título propio.

Una teoría objetivo-material que guarda ciertas similitudes con la anterior ha sido desarrollada en España por Mir Puig: la pertenencia del hecho. La premisa básica sobre la cual descansa es que sería “el sentido fundamentalmente social-normativo de *imputación* lo que caracteriza a la calificación de autor”¹⁴¹. Este rasgo, que la teoría del dominio del hecho pasa por alto, no dependería exclusivamente del control fáctico que pueda ejercer el agente, pues este último vendría solamente a constituir uno de los criterios a considerar para la atribución del hecho a su autor. Así, en síntesis, según Mir Puig, lo decisivo consiste en que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo, sea en forma exclusiva o compartida. Ahora bien, siendo esto último correcto en

¹³⁹ Al respecto, MURMANN, «Beteiligung durch Unterlassen», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SOWODA (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 183 y s., quien, entre otras cosas, sugiere que la comprensión deficitaria de la versión ortodoxa del dominio del hecho en dicho ámbito, una que tiende a un dominio puramente potencial, se explicaría asimismo por la comprensión igualmente inexacta de la cualidad productiva de la omisión impropia en el sentido de una pura *cuasi-causalidad*.

¹⁴⁰ Que el llamado dominio funcional del hecho no provee un criterio cualitativo de distinción con la complicidad, sino solo cuantitativo o gradual, es una crítica apuntada también por HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 38; y RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/15.

¹⁴¹ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/31 y ss. (Cursivas del original). Para una valoración de esta teoría, en detalle, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 379 y ss.

términos conclusivos, de manera similar como ocurre con el dominio del hecho, sigue presente el interrogante acerca de por qué un hecho pertenece a determinado sujeto¹⁴². Acaso ello obedezca a la prelación que en esta construcción adquiere la averiguación sobre la relación de riesgo entre una conducta y el resultado típico respecto de los problemas de delimitación de esferas de responsabilidad. Si, como dicen críticamente algunos, Mir Puig no se plantea la posibilidad de que en ciertos casos tampoco pueda atribuirse el hecho al ejecutor material¹⁴³, probablemente se deba a que la condición de autor del hecho queda decidida después, en lo que él llama un segundo nivel de la imputación objetiva¹⁴⁴, y de ahí también que acaso sea apresurado sentenciar que, según Mir Puig, sea más importante analizar los caracteres que reúne el otro interviniente que la conducta propia¹⁴⁵. No obstante, el trasfondo que pulsa en semejante observación está justificado, ya que no es conveniente atiborrar de contenido a una sola categoría —la imputación objetiva— para resolver en ella asuntos de corte prescriptivos y adscriptivos a la vez. En cualquier caso, se trata de una falencia que afecta a la mayoría de las teorías objetivo-formales y materiales, en torno a la cual se volverá al presentar el modelo aquí favorecido. Por de pronto, interesa apuntar que la misma observación se hace extensible al núcleo duro de la tesis patrocinada por Bolea Bardón, quien, luego de valorar positivamente —y con razón— la alta capacidad de rendimiento que aquí tiene el principio de propia responsabilidad, desarrolla la idea de que autor solo puede ser aquel a quien se impute un hecho “como suyo en términos normativos y no prejurídicos”, por lo que, de manera consecuente, acaba ofreciendo una versión normativa del dominio, cuyo objeto, esta vez, radicaría en la “creación, el no control o aumento de un riesgo (...)”¹⁴⁶. Dado que, desde tal punto de vista, los aportes de los partícipes también habrían de quedar sometidos a un juicio de imputación objetiva, en propio desmedro de los propósitos que guían a este grupo de tesis diferenciadoras, acaba dificultándose la distinción entre autor y partícipe, pues añade la tarea —en los delitos puros de resultado, incontrolada por los límites del tipo— de determinar cuándo la creación de un riesgo daría lugar a una imputación a título principal y cuándo, en cambio, a título accesorio¹⁴⁷.

Otra conocida teoría objetivo-material en la discusión española es la determinación objetiva y positiva del hecho, impulsada inicialmente por Luzón Peña. Partiendo de la base de que, en términos lingüísticos, las ideas de dominio y dirección son difícilmente

¹⁴² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 616 y s.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 617; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 332 y ss.

¹⁴⁴ MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *RECPC*, 5(2003), p. 17.

¹⁴⁵ Así, sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 617 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, pp. 129 y ss., 141.

¹⁴⁷ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 134. Las dificultades de encontrar diferencias entre autor y partícipe en sede de imputación objetiva se confirman a través de las no pocas voces que la consideran como una teoría que, en vez de separar, aúna las diversas categorías de intervención delictiva. En este último sentido, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 268, nota 241.

conciliables con supuestos en que falta pleno conocimiento en el autor, y así, teniendo en vista claramente los delitos imprudentes, Luzón Peña opta por destacar la base objetiva del otrora dominio del hecho para en su lugar hablar de determinación. La faz positiva de dicha determinación coincidiría con un rechazo a un mero dominio negativo, pues el autor de un hecho, para ser tal, tendría que poder configurar el “sí y el cómo” de su realización. Lo crucial es que, para Luzón Peña, el fundamento material para distinguir intervenciones principales y accesorias reside en la autonomía (al menos relativa) que las primeras exhibirían de cara a la producción del resultado¹⁴⁸. Como es ampliamente sabido, tales ideas han sido profundizadas por Díaz y García Conlledo, quien les imprime un fundamento normativo por la vía de restringir la autoría a la conducta que “más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica”¹⁴⁹. Pero no solo eso, tratándose de tipos que describen más de una clase de acción (esto es, acciones complejas), Díaz y García añade la precisión de que, en tales casos, sería autor solamente quien realiza lo que él llama una “acción típica nuclear”¹⁵⁰. El traslado de las coordenadas fundamentales de la determinación objetiva y positiva al injusto imprudente puede observarse en la monografía de Roso Cañadillas¹⁵¹. En fin, dicho todo lo cual, ahora una breve ponderación de esta tesis.

La autonomía de un comportamiento para satisfacer la descripción de la clase de acción especificada en un tipo delictivo, ciertamente, constituye la marca definitoria de una acción principal. Este dato, sin embargo, no permite asegurar ni descartar por sí mismo la condición de autor de un sujeto. Lo primero no sucede con quien aparece como mero instrumento de otro, mientras que lo segundo no ocurre en ciertos casos de coautoría y de autoría mediata, como se ha visto ya a propósito de las críticas tradicionalmente dirigidas a las teorías objetivo-formales. Pese a lo anterior, no sería justo ni pertinente desarrollar tal argumento en este contexto, ya que el tratamiento de la autoría como problema del tipo o de lo injusto típico es el modo de proceder absolutamente dominante. En cambio, sí puede registrarse aquí la principal falencia que afecta a la tesis según la cual solo las “acciones típicas nucleares” podrían imputarse a título de autoría, a saber: conducir a la suposición de que existirían acciones principales que satisfacen la descripción típica, pero que, sin embargo, no alcanzarían a ser típicas al no enfrentarse de “manera directa” a la

¹⁴⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, «La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 3 (1989), pp. 892 y 907.

¹⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 532.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 508 y s., 513, 530, 680 y ss.

¹⁵¹ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente, passim*, especialmente, pp. 361-376. A su vez, una recepción de los postulados de la determinación objetiva-positiva puede encontrarse —en cada caso, con mayor o menor grado de matices— en GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, pp. 329 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 342 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 461 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 397 y ss.

norma de comportamiento. Lo anterior pugna con el hecho de que es el contenido proposicional de la norma el que fija qué clase de acciones la contradicen. De otro modo, se estaría discutiendo en torno de una norma de comportamiento distinta a la que se deja inferir del respectivo tipo de la Parte especial¹⁵².

2.2.4. Concepciones diferenciadoras basadas en los principios de autonomía y de autorresponsabilidad

Otra de las vías exploradas de cara a la articulación de un concepto diferenciado de interviniente consiste en recurrir al principio de autorresponsabilidad (o, según otros, de propia responsabilidad). Algunas veces anclada a una fundamentación filosófica, y otras, en cambio, a una de talante constitucional, como lo denuncia suficientemente su nombre, la tesis básicamente reza: cada sujeto está llamado a responder únicamente por sus propias acciones¹⁵³. Por esto, según postulan varios de los partidarios de este modo de ver, con base en el principio de autorresponsabilidad podría fundamentarse una versión moderna —ya no relacionada con la interrupción de un nexo causal— de la prohibición de regreso, en la medida en que el comportamiento por parte del último actuante autónomo (el autor) cerraría la vía a la imputación de ese mismo hecho, como obra propia, a otro sujeto distinto (el partícipe), aun cuando este último, también de manera autónoma, anteriormente haya puesto una condición para la producción del resultado. Desde luego, una delimitación de ámbitos de responsabilidad así diseñada no excluye la posibilidad de que se impute al “sujeto de atrás” el comportamiento ejecutado por el “sujeto de delante”,

¹⁵² Con otras palabras, es difícil sostener que las “acciones típicas no nucleares” no quedarían comprendidas en la descripción típica de ciertos delitos complejos, desde ya, porque estas también son necesarias para que se satisfaga su contenido proposicional, o bien, para que devenga aplicable un tipo agravado.

¹⁵³ Cfr. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 4, 42 y s., 74 y ss., especialmente a propósito de la autoría mediata. En términos próximos, DIEL, *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, 1997, pp. 329 y ss., quien, con apoyo en la idea de “dominabilidad”, ofrece una delimitación entre autoría y participación en los delitos imprudentes; y WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, pp. 111 y ss., quien trabaja sobre la base del principio de propia responsabilidad para delimitar las formas de intervención delictiva en el ámbito de la actuación a propio riesgo. Por su lado, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 72 y ss., 151 y s., recurre a los principios de autodeterminación y de propia responsabilidad para delinear un concepto restrictivo de autor, pero, además, les procura un anclaje normológico. Así, según Renzikowski, el último sujeto que de manera autónoma crea un riesgo que se ve reflejado inmediatamente en el resultado, con su actuación, excluye una imputación a título de autoría respecto de quienes han intervenido previamente en él: “[d]ado que la autonomía del autor directo fundamenta una prohibición de regreso, al partícipe no puede imputarse como obra propia el hecho principal” (*ibidem*, p. 151). En la dogmática española, MARAVER GÓMEZ, *El Principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, pp. 258 y s., concede igualmente un rol protagónico al principio de autorresponsabilidad, limitando a través de él los deberes de cuidado al ámbito propio de organización, y utilizándolo también como criterio determinante de la imputación objetiva de la conducta a título de autoría.

cuando este, a su vez, no hubiese actuado autónomamente; en tal caso, el “sujeto de atrás” sería justamente el último en haber desplegado una acción autónoma (una *actio libera*)¹⁵⁴.

Como pronto se verá, el principio de propia responsabilidad desempeña un rol ciertamente relevante en la dogmática de la intervención delictiva, en la cual funciona como directriz, a la vez que alerta sobre la necesidad de ofrecer razones acerca de por qué es apropiado reconocer ámbitos diferenciados de responsabilidad; sin embargo, por sí mismo, no establece tales límites¹⁵⁵. Por otro lado, y aun cuando se trabajara con la hipótesis de que la imputación a título de autoría queda excluida por la intervención ulterior de otro sujeto autónomo, cabe advertir que, desde un plano sistemático, la dogmática de la intervención delictiva no se ocupa de las relaciones entre las esferas de autonomía de los sujetos, sino entre los comportamientos de sujetos que, *para ser castigados* por tales acciones, además, necesitan haber actuado autónomamente¹⁵⁶. En conexión con lo anterior, en las tesis recién reseñadas existe una clara tendencia a difuminar la distinción entre autor directo y autor mediato —ambos, en definitiva, serían los últimos actuantes libremente responsables en sus respectivos hechos—, que deja oscurecida la muy distinta estructura de imputación que las gobierna¹⁵⁷. Por último, quienes sospechan de la capacidad de rendimiento del principio de autorresponsabilidad para diferenciar entre autores y partícipes, señalan, a la vez, que nada impediría que dos o más sujetos puedan imbricar sus propias esferas de autonomía y, por esa vía, hacerse responsables de lo que otro u otros hacen¹⁵⁸. Justamente por esa razón, si bien el principio de autorresponsabilidad es compatible con la estructura de la coautoría, tampoco está en condiciones de ofrecer una fundamentación suya.

2.2.5. Concepciones diferenciadoras con anclaje normativista

Fundamentalmente con arreglo a criterios de imputación objetiva, un heterogéneo sector doctrinal ha intentado dotar de un anclaje decididamente normativista a la demarcación entre las categorías de autoría y participación.

¹⁵⁴ Así, HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias» (trad. Sánchez-Ostiz), en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, pp. 223 y ss.

¹⁵⁵ Sobre esta crítica, véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 113, 164, 290 y s.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 201 y ss.; VAN WEEZEL, *ZIS*, 8 (2009), pp. 434 y s.

¹⁵⁶ Con otras palabras, la idea de que una acción imputable a título de autoría tiene que ser una *actio libera* implica comprometerse con un concepto de autoría y de acción demasiado exigentes, que incluirían la imputación de culpabilidad. Sobre qué presupuestos se requieren (y no) para hablar de autor, según el punto de vista aquí ofrecido, véase *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.1.

¹⁵⁷ Por esto, es acertada la crítica de HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 28, en términos de que, así concebida la autoría mediata, no sería más que un subcaso de autoría directa.

¹⁵⁸ KINDHÄUSER, «Cuestiones fundamentales sobre la coautoría» (trad. Cancio Meliá), *RP*, 11 (2003), p. 63; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 30 y s. Con todo, cabría matizar que tanto el coautor como el partícipe responden “por” hechos propios; un asunto distinto es cómo se configura el objeto de imputación.

En la dogmática española, un original y palmario ejemplo de ello puede advertirse en la tesis desarrollada por Sánchez Lázaro. Según este autor, las soluciones tradicionales desconocerían el hecho de que la autoría es un instituto jurídico-penal al que “le corresponde mostrar la *máxima expresión de responsabilidad delictiva*”¹⁵⁹. Para explotar esta premisa, Sánchez Lázaro propone el criterio de la “competencia sobre la fuente de peligro”, que sí otorgaría una explicación plausible de la autoría, no ya sobre el plano del “control fáctico del proceso lesivo”, sino indicando concretamente quién es el principal responsable de dicha fuente de peligro. Enfocado esencialmente en el injusto imprudente, define la autoría como “posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueve dentro del riesgo permitido”¹⁶⁰.

Asumiendo postulados de Jakobs, Sánchez Lázaro cifra en la competencia por organización y en la competencia por institución las dos fuentes de dicha garantía. En el primer grupo de casos, el sujeto configura su ámbito de organización de forma tal que orienta de modo no permitido la fuente de peligro hacia la producción del resultado, quedando fundada la responsabilidad en la libre disposición de su ámbito de organización. En cambio, en el segundo conjunto de constelaciones —las derivadas de competencia por institución—, se trataría de modelos sociales de relación de esferas vitales, que están jurídicamente reconocidos y son equivalentes a la primera fuente, desde el punto de vista de la estructura social¹⁶¹. La responsabilidad a título de participación, en cambio, se fundamentaría en la creación de un riesgo por encima de los niveles permitidos y en su materialización en un hecho principal jurídico-penalmente relevante¹⁶².

Con un planteamiento próximo al recién descrito, Feijoo Sánchez defiende un criterio que denomina “dominio normativo o competencial del hecho”. En lugar de dar relevancia al “dominio psicofísico de procesos causales”, este criterio se centra en la incumbencia respecto de un hecho de acuerdo con reglas normativas de imputación¹⁶³.

Con el propósito de ofrecer una concepción diferenciadora, Maraver Gómez también toma como punto de partida el hecho de que lo objetivamente imputable de una conducta no se basa en la creación de un riesgo típicamente desaprobado, sino más bien en la competencia que se tiene respecto de dicho peligro. Para efectos de responder lo anterior,

¹⁵⁹ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 102 y 107. (Cursivas del original).

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 112.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 119-139.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 376 y ss.

¹⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 211 y ss.

habrá de averiguarse si el sujeto ocupaba una determinada posición de garante de la evitación del riesgo; si esto es así, puede afirmarse entonces su autoría¹⁶⁴.

También Rotsch desarrolla un modelo de intervención delictiva basado en la imputación objetiva. Su propuesta es la de un modelo normativo-funcional de imputación que renuncie a las categorías tradicionales, pero sin exponerse a las críticas dirigidas contra el llamado concepto unitario de autor. Según Rotsch, en oposición a este último, es necesario partir de la base de una concepción restrictiva de injusto¹⁶⁵. En su modelo, dicha comprensión restrictiva queda determinada por la circunstancia de que no existiría más responsabilidad que la originada por la competencia directa o mediata por un hecho. Cada una se funda en las dos únicas modalidades posibles de menoscabar un bien jurídico: de manera inmediata o mediata, dependiendo si la acción se lleva o no a cabo de manera personal, sin que intervenga otro. Para esto, Rotsch despliega un análisis de dos niveles: en primer lugar, ha de plantearse la pregunta de si se ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para un bien jurídico. Superado ese análisis, tendría que determinarse la competencia directa o mediata por el peligro o la lesión del bien jurídico en cuestión¹⁶⁶.

El denominador común de la tesis recién sintetizadas es el recurso a la imputación objetiva como expediente que permitiría trazar una distinción entre formas principales y accesorias de intervención delictiva. A reserva de lo que pronto se señalará, cabe anticipar que, tanto los criterios relativos a la caracterización de un comportamiento como jurídicamente desaprobado, como aquellos que están destinados a imputar el resultado producido, por su propia finalidad (la de ofrecer parámetros teleológicos restrictivos del tipo), no pueden venir en auxilio, cuando de lo que se trata es de establecer qué clase de vínculo puede reconocerse en los comportamientos desplegados por varios sujetos, y no directamente entre tales comportamientos y el tipo. En breve: los criterios de imputación objetiva más bien responderían la pregunta de “si” el hecho ejecutado por un sujeto es susceptible de generar responsabilidad, pero no la de cómo tal sujeto habría de responder.

A lo anterior cabe agregar algunas consideraciones en particular. La idea de competencia presenta el problema de que su operatividad como criterio de autoría presupone que el sujeto “competente” es uno que, por su propia condición, tendría que ser considerado autor. Si por competente se entiende un sujeto cuya posición *previa* al hecho parece ya situarlo como candidato para responder a título de autor, el problema descansaría en que esta condición habría quedado fijada con independencia de lo que ese sujeto hiciera. A la

¹⁶⁴ Cfr. MARAVER GÓMEZ, «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 634 y s.

¹⁶⁵ ROTSCH, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, p. 296.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 422 y ss., 450 y ss.

inversa, si por competente ha de tenerse a un sujeto que, después de realizado el hecho, viene en consideración como responsable por él, entonces la competencia (a título de autor) por el hecho, no sería un criterio delimitador, sino más bien una *consecuencia* de cierta distinción que vendría dada por otra clase de fundamentos¹⁶⁷. Esta observación se hace extensiva a las tesis que procuran obtener una demarcación entre autor y partícipe con base en la noción de ámbitos separados de responsabilidad¹⁶⁸: aún cabría determinar en qué descansan tales competencias o ámbitos de responsabilidad diferenciados.

Por último, tampoco parece plausible una explicación global de la autoría con arreglo a las categorías de la llamada comisión por omisión. En primer lugar, que un sujeto sea competente de una fuente de peligro, y que por ello necesite garantizar que esta no excederá el riesgo permitido, nada dice aún acerca de su eventual calidad de autor. La posición de garantía únicamente establece el círculo de destinatarios posibles de una norma de requerimiento, pero no determina la modalidad de intervención delictiva eventualmente aplicable. En segundo lugar, dada la amplitud que puede tener el sistema de fuentes de competencia, en caso de proliferarse las posiciones de garantía por injerencia, se corre el riesgo de que el partícipe acabe siendo una figura excepcional¹⁶⁹.

2.3. Teoría de la intervención delictiva con base funcionalista

Recién se han compendiado algunas concepciones que, si bien todavía girando en la órbita de un sistema legal diferenciador, se proponen introducir las modalidades de intervención delictiva en la teoría de la imputación objetiva. Pues bien, tales intentos también han sido emprendidos desde una concepción que cabría calificar —con matices a registrar— como unificadora. En el estado actual de la discusión, ya es ampliamente sabido que entre sus principales portavoces se encuentran Jakobs, Lesch, Robles Planas y van Weezel.

Una de las premisas cardinales a partir de las cuales se construye esta tesis consiste en que injusto solo puede ser la realización de un tipo delictivo, y que, tratándose de supuestos de intervención delictiva, dicho injusto constituye siempre una obra común¹⁷⁰.

¹⁶⁷ La flexibilidad y utilidad de estas tesis en el Derecho penal económico es patente, pero en gran medida porque en tal ámbito suele existir una demarcación clara y fija de funciones. En cualquier caso, que tal distribución *necesariamente* tenga que coincidir con el criterio de intervención delictiva aplicable es algo distinto. Por otro lado, curiosamente resultan más difíciles de explicar los casos sencillos (homicidios, robos, incendios, etc.), en donde el autor previamente no tiene competencia alguna, sino que, más bien, a través de su hecho, por así decirlo, *crea* una esfera de responsabilidad antes inexistente.

¹⁶⁸ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Autoría y participación en la empresa», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, 2016, pp. 275 y ss.

¹⁶⁹ Véanse las críticas que en este mismo sentido formula GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 327 y s.

¹⁷⁰ JAKOBS, «Intervención delictiva» (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), *CPC*, 85 (2005), p. 80; EL MISMO, *Teoría de la intervención* (trad. Pastor Muñoz), 2016, pp. 22 y ss.; LESCH, *Das Problem der*

De este modo, y empleando la nomenclatura favorecida por sus representantes, si el sujeto que interviene en la fase preparatoria del hecho responde penalmente por este, se debe a que la ejecución que le ha seguido, a cargo de otro, es fruto de una “división vinculante del trabajo”¹⁷¹, por lo que ese hecho también le pertenecería. En contrapartida, quien pone manos en el hecho no realiza un injusto propio, sino uno que pertenece en igualdad de condiciones a quienes han intervenido antes de la ejecución llevada a efecto por él¹⁷². Así pues, el mismo injusto se imputaría tanto a quienes intervienen en una fase previa a la ejecución, como a los ejecutantes del hecho, siendo todos, en principio, igual de competentes. De esta forma, se señala, los requerimientos impuestos por el principio de autorresponsabilidad se verían satisfechos respecto de todos los intervinientes¹⁷³.

Como es evidente, lo enunciado ya supone una ruptura radical con los modelos que distinguen entre autor y partícipe, empero, no significa que dicha diferenciación no pueda reclamar aplicación para efectos de graduar la pena de los intervinientes, con arreglo al *quantum* del aporte prestado concretamente por cada uno¹⁷⁴. Para tales efectos de cuantificación, en lugar de la configuración fáctica del suceso, según los representantes de esta visión, habría de privilegiarse la relevancia comunicativa que, de acuerdo con la “semántica del contacto social”, se dejen atribuir a tales contribuciones¹⁷⁵.

Como uno de los corolarios más evidentes de esta concepción, la autoría y la participación ya no se encontrarían en una relación de oposición; antes bien, autor y partícipe pasarían a ocupar la condición de especies del género constituido por la noción de interviniente¹⁷⁶. Bajo dicha reserva, y siguiendo lo que han señalado algunos de sus propios defensores,

Sukzessiven Beihilfe, 1992, pp. 284 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 143 y ss.; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, 2 (2012), pp. 2 y ss.; VACCHELLI, *Intervención delictiva*, pp. 77 y s., 83 y ss.; VAN WEEZEL, «Coautoría», en EL MISMO, *Pena y sentido. Estudios de Derecho penal*, 2008, p. 323; EL MISMO, *ZIS*, 8 (2009), p. 440; EL MISMO, «Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva», *RCDCP*, 1 (2012), pp. 157 y ss.

¹⁷¹ En oposición a lo que Jakobs denomina “división restringida del trabajo”, supuestos en los que, después de prestado el aporte, los sujetos se desentienden de sus consecuencias. Cfr. JAKOBS, *CPC*, 85 (2005), pp. 71 y ss.; EL MISMO, «Akzessorietät», en JOERDEN/SCHMOLLER (eds.), *FS-Yamanaka*, 2017, p. 105.

¹⁷² Cfr. JAKOBS, *Teoría de la intervención*, pp. 19, 31 y ss., 39; EL MISMO, *FS-Yamanaka*, p. 109, precisando, respecto del interviniente en el estadio previo, que no se trataría de una responsabilidad por culpa ajena, sino que, más bien, de la “ejecución del hecho propio por medio de mano ajena”.

¹⁷³ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 17 y ss.; VACCHELLI, *Intervención delictiva*, p. 74.; VAN WEEZEL, *ZIS*, 8 (2009), pp. 433 y s.

¹⁷⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, pp. 88 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 290 y ss.; VAN WEEZEL, *ZIS*, 8 (2009), p. 441.

¹⁷⁵ LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, p. 285, considera que la determinación de la cuota de responsabilidad de cada interviniente se rige, no según su configuración fáctica del suceso, sino de acuerdo con el grado de relevancia comunicativa que su contribución exhibe de cara a la vigencia de la norma.

¹⁷⁶ ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, pp. 15 y ss.: el concepto de autor es un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de interviniente en el delito.

podría caracterizarse como una “concepción unitaria de interviniente”¹⁷⁷, ya que los distintos grados de castigo con base en los cuales se vuelven operativas las categorías legalmente impuestas de autor y de partícipe desempeñarían una función totalmente secundaria¹⁷⁸. Por esto, su mayor coincidencia con las concepciones unificadoras al uso reside en que la decisión acerca de si un sujeto es o no interviniente y, por ende, si queda o no expuesto a una sanción penal, es algo que exhibiría prioridad respecto de la pregunta acerca de la regla que fijaría la específica sanción.

No obstante, esta teoría unificadora de la intervención muestra algunas diferencias notables en parangón con los modelos ortodoxos, hasta el punto de que acaso sea más apropiado considerarlo un modelo mixto. La capital de tales diferencias consiste en que aquí no se renuncia a la accesoriedad, sino que más bien se reelabora por la vía de cambiar su objeto de referencia. En efecto, mientras las concepciones monistas tradicionales niegan una relación de dependencia normativa entre el comportamiento de los distintos sujetos que concurren en un mismo hecho —relación que sirve de referencia fáctica para el enjuiciamiento de su comportamiento y genera consecuencias jurídicas comunes¹⁷⁹—, ya que semejante hecho no suele interpretarse como un quebrantamiento común de la norma, la concepción que ahora se comenta, en cambio, se construye a partir de una noción de “accesoriedad recíproca”, que permitiría vincular el comportamiento de todos los intervinientes con el mismo objeto de imputación (la realización del tipo)¹⁸⁰. Por esta razón, si lo que se unifica en los llamados conceptos unitarios formal y funcional reside en el título de imputación (todos son autores) y en una (al menos en principio) idéntica amenaza de pena, la concepción cuantificadora podría hacer una concesión en estos dos últimos aspectos, ya que, desde sus coordenadas, lo esencial consiste en que la responsabilidad de todos los intervinientes ya habría quedado fundamentada a raíz de la realización de un “injusto común”, obra de todos.

A reserva de ulteriores concreciones acerca de cómo se desenvuelve la distinción analítica entre objeto, base y criterios de imputación en el ámbito de la intervención delictiva¹⁸¹, por lo que hace al modelo recién sintetizado, la primera pregunta que cabría formular es

¹⁷⁷ Cfr. VAN WEEZEL, *ZIS*, 8 (2009), p. 441; EL MISMO, «Actuación conjunta e imputación de resultados», *RCP*, 3 (2014), p. 202.

¹⁷⁸ Pero precisamente por esto, a diferencia de una concepción unificadora estándar, bajo este planteamiento los preceptos relativos a la participación no podrían interpretarse como dispositivos restrictivos de la pena, ya que ello supondría razonar sobre la premisa de un autor como figura principal.

¹⁷⁹ Por ejemplo, los límites relativos al castigo de la tentativa de delito, y que en un modelo diferenciador constituyen manifestaciones de “accesoriedad cuantitativa”.

¹⁸⁰ Ilustrativo de este cambio de paradigma, VACCHELLI, *Intervención delictiva*, pp. 177 y ss., 185, quien, con “accesoriedad reflexiva”, designa un vínculo bidireccional conforme el cual no solo al partícipe se imputaría lo ejecutado por el autor como obra suya, sino que, a la inversa, también al autor se imputaría lo ejecutado por el partícipe.

¹⁸¹ En detalle *infra* II. 2.2.1.

si acaso la imputación de un único objeto (la realización del tipo) a todos los intervinientes constituye una conclusión a la que *solo* podría llegarse a partir de la premisa (fuerte, y aquí considerada inexacta) de que el comportamiento que es objeto de la imputación representa un “injusto común”. Pues del hecho de que a todos se impute el quebrantamiento de una misma norma de comportamiento no se sigue (ni tampoco presupone) que dicho quebrantamiento haya sido unitario, ni que los criterios para imputarlo tengan que ser los mismos¹⁸². Desde luego, la posibilidad de una coautoría entre intervinientes muestra que esta última alternativa es enteramente factible, pero no toda relación de intervención delictiva asume semejante estructura. Precisamente la defensa de una suerte de “accesoriedad recíproca” por parte de algunos representantes del modelo unitario funcionalista permite confirmar la sospecha de un intento de extrapolación de la estructura de la coautoría a la totalidad de la teoría de la intervención delictiva¹⁸³. Pues solo asumiendo la existencia de una acción conjunta (que en la coautoría fundamenta lo que tradicionalmente se ha llamado una “imputación recíproca”) cabría hablar a la vez de un “injusto común”. Esto último invita a reconsiderar que dicha operación se vuelve plausible en la coautoría siempre y cuando los aportes de los intervinientes revistan una calidad y medida equivalentes entre sí. En el modelo que se comenta, sin embargo, desde un inicio se presupone dicha equivalencia, que solo contingentemente podría alterarse con arreglo a una desproporción en la magnitud de los aportes concretos. En contra de la presunción de una tal equivalencia categorial, empero, habla desde ya el distinto estatus normológico que, según Jakobs, se dejaría predicar de las contribuciones prestadas en fase previa a la ejecución, a saber, el de infringir una “incumbencia”¹⁸⁴, ya que el único comportamiento injusto sería la realización del tipo (mediada por la ejecución a cargo de otro). Como consecuencia de ello, solo contra esta última clase de comportamiento cabría legítima defensa, mientras que la infracción de una incumbencia daría derecho a un estado

¹⁸² Como pronto se verá, ese compromiso teórico no es necesario, desde ya, si la diferencia entre autoría y participación se sitúa en el ámbito de las reglas de imputación. Cfr. CORCOY BIDASOLO, «Participación y autoría accesoria», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, p. 73, quien controvierte la idea de que el fundamento de la responsabilidad de autores y partícipes sea idéntico, aun si se admite que la ejecución del hecho es común a todos los intervinientes.

¹⁸³ Sobre la noción de “accesoriedad recíproca” en la coautoría, véase *infra* Cap. Quinto, apdo. III 4.1. Respecto de la tendencia de las concepciones unificadoras a acercarse a lo que, en las diferenciadoras, define la estructura de la coautoría, véase ya DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 115.

¹⁸⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, pp. 36, 59 y 84. Crítico sobre la necesidad de recurrir a la noción de incumbencia, en cambio, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2 (2012), pp. 4 y s.: “[t]anto el autor como el partícipe lesionan normas de conducta que encajan dentro del tipo de la Parte Especial. La particularidad surge de la intervención prestada con anterioridad al momento del injusto del hecho, puesto que éste puede no llegar a actualizarse”. A diferencia de la de Jakobs, esta última tesis es más consistente con la premisa —básica, en el modelo que se comenta— según la cual el “injusto es común a todos los intervinientes”, pues, al afirmarse que quien interviene en una fase previa a la ejecución solo infringe una incumbencia, implícitamente está reconociéndose que la situación de ese sujeto es, desde un plano normológico, distinta a la de quien ejecuta el hecho. No obstante, la dificultad apuntada en el texto tampoco desaparece si se asume que, respecto de ciertos intervinientes, cabría la posibilidad de que su comportamiento constituya un injusto que, a pesar de potencial, no llegue a materializarse como tal.

de necesidad defensivo. Lo anterior controvierte frontalmente la existencia de una diferencia “nada más que” cuantitativa entre ambas clases de aporte, ya que, aunque sea por una vía conceptualmente distinta, emerge la idea de que la caracterización jurídico-penal del comportamiento de un sujeto, de algún modo, sigue dependiendo de lo que haga otro. En definitiva: aun cuando las aportaciones contingentemente *cuenten como* iguales, y dicho modelo asuma su paridad como punto de partida, en realidad, *no son* iguales¹⁸⁵. Por último —y este aspecto es cardinal—, en contraste con esta concepción unificadora, cabría insistir en que, en el contexto de sistemas legales dualistas —en los que, por cierto, la propia ubicación sistemática de este asunto arroja claras luces acerca de la utilidad de una distinción categorial—¹⁸⁶, tampoco es posible seguir un razonamiento del tipo “A es interviniente y, en concreto, autor/partícipe”, pues todo el punto descansa en que *A solo* puede ser interviniente en un hecho *porque* este le resulta imputable a título de autor o partícipe. Con otras palabras, la *base* de imputación, puesta en relación con la de los demás involucrados, co-fundamenta el carácter de interviniente de un sujeto, y ya por esa razón el análisis de dicha base no puede suspenderse hasta una fase en donde su utilidad se reduciría a determinar no el “si”, sino “cuál” norma de sanción resulta aplicable.

La duplicidad operativa en que se desdobra el modelo cuantificador de intervención gravita en un rechazo a consideraciones cualitativas que precisen distinguir ya en términos lógicos actividades de autoría y participación. Sin embargo, existen importantes razones que justifican *teóricamente* dicha diferencia¹⁸⁷. En primer lugar, la circunstancia de que el castigo de una clase de intervinientes, los accesorios, presupone siempre la existencia de un hecho principal anudado a un sujeto que podría —aunque, en definitiva, esto no suceda— responder *autónomamente* por él, toda vez que afirmar un posible concurso entre intervinientes accesorios resulta altamente contraintuitivo. A su vez, la necesidad de distinguir un hecho principal constitutivo de autoría representa un límite

¹⁸⁵ Recientemente, ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Polít. Crim.*, 30 (2020), pp. 1000 y s., precisa que, puesto que “lo antinormativo es más amplio que lo típico”, el comportamiento de quien interviene antes del inicio de la tentativa sí estaría prohibido, solamente que, de no actualizarse en el inicio de la tentativa, “no será penalmente típico”. Con todo, si bien es cierto que un comportamiento puede ser antinormativo sin que lleguen a satisfacerse los presupuestos de los que depende la *aplicación* de la respectiva norma de sanción, el *quid* del asunto sigue radicando en que es el tipo de la Parte especial el que provee el contenido semántico de la norma de comportamiento que se deja reconocer a partir de él.

¹⁸⁶ Que la diferencia entre tales figuras no sea meramente cuantitativa, sino de orden conceptual, parece sugerirlo ya el hecho de que, si se tratasen de momentos relativos a la dosimetría de la pena, bastaría con mencionarlos en la determinación legal de esta. Cfr. MAIWALD, «Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung», en KAUFMANN, ARTH./BEMMANN/KRAUSS/VOLK (eds.), *FS-Bockelmann*, 1979, p. 353. Comentando el modelo de Jakobs, SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/19, recuerdan que el hecho de trasladar totalmente la diferencia entre autoría y participación al ámbito de la medición de la pena fue precisamente uno de los puntos centrales de las críticas dirigidas a las antiguas teorías subjetivas. Por último, cabe considerar que, aun cuando se traslade la diferenciación entre modalidades de intervención al ámbito de la determinación de la pena, de todos modos, se necesitarán criterios que permitan proceder a su cuantificación. En este último sentido, a propósito del merecimiento de pena de un *intraneus* y de un *extraneus*, véanse las observaciones de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 273.

¹⁸⁷ Que existan dificultades prácticas para hacer operativa dicha distinción es, en cambio, un asunto distinto.

conceptual frente a la posibilidad de extender cadenas de participación *ad infinitum*. En fin, a favor de aquella diferencia categorial habla también la estructura y fundamento de ciertas figuras de la Parte especial, que solamente se dejan explicar distinguiendo entre intervinientes principales y auxiliares, cuyo caso paradigmático es el de los delitos especiales¹⁸⁸, pero también el de los delitos de tendencia interna trascendente.

Naturalmente, como réplica a las objeciones acabadas de formular todavía podría esgrimirse la de que el principio de autorresponsabilidad únicamente podría respetarse — especialmente de cara a la situación de los partícipes— si se entiende el injusto como algo perteneciente a todos. Puesto que para hacerse cargo de lo anterior es necesario perfilar qué significación tiene el principio de autorresponsabilidad en este ámbito, más adelante se retornará sobre este extremo¹⁸⁹.

II. Autoría y participación como categorías adscriptivas: presentación del modelo

1. Aspectos preliminares

Asumir un concepto diferenciado de interviniente, previo a discernir los criterios y diversas estructuras bajo las cuales puede manifestarse, solicita reflexionar, siquiera brevemente, sobre la necesidad o conveniencia de disciplinar a partir suyo este aspecto capital en la teoría jurídica del delito.

1.1. Sentido del problema acerca del concepto de autor: breve aproximación

Quien opine que el Derecho se encuentra ligado a moldes ontológicos que predeterminan su contenido, y que, como una de ellas, cierta demarcación apriorística entre autoría y participación indicaría dos formas antitéticas de vincular a un sujeto con un determinado hecho —en tanto que hecho propio, o en tanto que contribución a un hecho ajeno—, no podrá sino convenir en que la ordenación positiva de un sistema diferenciador expresa el

¹⁸⁸ Estos delitos ciñen su estructura típica a un círculo de sujetos susceptibles de ser autores. La razón básica que aconseja diferenciar clases de intervención, también en este ámbito, evoca el fundamento material que determina que estos hechos delictivos precisamente sean especiales, a saber, un injusto singular o, en su caso, mayor al del respectivo delito común. De ahí que sea necesario distinguir aquellos sujetos de quienes “proviene” ese injusto distinto o agravado, de aquellos otros en quienes no concurren tales elementos cualificadores, para así contraer a los primeros el círculo de candidatos a autores. El tratamiento de quienes carecen de tales elementos como autores, o como intervinientes situados en la misma posición de quienes integran aquel círculo, supone contradecir la razón por la cual tales hechos han sido *especialmente* tipificados. Sobre la problemática relación entre las concepciones unitarias de autor y los delitos especiales, fundamentalmente porque las primeras no consiguen captar el injusto especial de esta clase de delitos, en detalle, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 259 y ss. Para una valoración crítica de las concepciones extensivas en esta clase de delitos, *Ibidem*, pp. 308 y ss., 327 y s. Crítico también, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 14.

¹⁸⁹ Cfr. *infra* apdo. II.2.4.

cumplimiento de un requerimiento lógico que se le impone al legislador, antes que una toma de decisión¹⁹⁰. Así, ha podido decirse que la noción de autor, como figura central del hecho delictivo, debe “deducirse” de una realidad prejurídica¹⁹¹, o que incluso la diferencia entre autor y partícipe es algo que fluiría de la propia naturaleza de las cosas¹⁹².

Frente a cualquiera de tales perspectivas, cabe destacar que los discursos contextualizados en la configuración o justificación de una determinada regulación jurídica, si bien no devienen viciados por la apelación a datos prepositivos, sí terminan por estarlo cuando escoltan un salto deductivo traducido en la pretensión de derivar conclusiones de connotación deontológica con base en premisas de factible apoyo empírico, pero controvertible estatus ontológico. Pues, de pretenderse imponer tales categorías con valor vinculante, lo que en su origen sería susceptible de presentarse como límite a un programa normativo, cae en la “trampa de transmutar el dato ontológico en fuente de los conceptos mismos y, en definitiva, en definir cómo debe ser el Derecho”¹⁹³.

En una posición perfectamente antagónica a la recién enunciada, comparecen opiniones como las defendidas en su momento por M. E. Mayer y Engisch, caracterizadas por negar, en el ámbito que aquí interesa, la existencia de ataduras prejurídicas, para afirmar, en su lugar, la absoluta independencia del legislador en la construcción de sus objetos de regulación¹⁹⁴. Bajo esta comprensión del asunto, autor y partícipe se ofrecen como nociones de factura rigurosamente legal. La identificación de una diferencia entre acciones principales y auxiliares en el plano extrajurídico no constituye parámetro vinculante frente a un legislador que podría libre y abiertamente optar por el sistema que en determinado momento le parezca más aconsejable.

¹⁹⁰ Paradigmático, situando a la diferencia entre autor y partícipe entre una de las que llamase “estructuras lógico-objetivas”, WELZEL, *Estudios de Derecho penal* (trad. Aboso), 2002, p. 83.

¹⁹¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 33. En un sentido próximo, solo por vía de ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 61 I. 3; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, p. 143.

¹⁹² BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación* (trad. Fontán Balestra), 1960, p. 7.

¹⁹³ GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia*, p. 175. Por supuesto, esto no obsta a que el Derecho mantenga una vinculación negativa a la realidad, que opera como un mecanismo de control de la *racionalidad* de sus disposiciones. El problema, sin embargo, emerge cuando, para asegurar una debida correspondencia entre medios y fines en la experiencia normativa, se visten dichos requerimientos con ropaje ontológico. Con respecto a las llamadas estructuras lógico-objetivas, véase la demoledora crítica de ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho* (trad. Gil Cremades), 1968, p. 238, en términos de que tales estructuras ni siquiera serían propiamente ontológicas (que más bien lo serían sus pretensiones), pues son perspectivas valorativas —que así quedan ocultas— las que decidirían qué datos previos se tendrían por esenciales o no. Sobre los problemas epistemológicos que supone la identificación de tales “límites ontológicos”, véase SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 19 y s., quien, además, advierte la falta de garantías de que nuestra representación de la realidad, de la que se pretenden extraer tales límites a la imputación, no esté contaminada por “nuestra propia percepción acerca de las necesidades de imputación”.

¹⁹⁴ Cfr. MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general* (trad. Politoff Lifschitz), p. 481; ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, pp. 238 y s., reconociendo a la vez en la diferencia entre autor y partícipe la presencia de ciertos datos lingüísticos.

La tesis que aquí se defiende está comprometida con el carácter estrictamente jurídico de las nociones de autor y partícipe¹⁹⁵, sin embargo, no niega, sino que, al contrario, parte por reconocer que nuestras intuiciones sobre lo principal y lo auxiliar encuentran profundo anclaje en la experiencia cotidiana¹⁹⁶, especialmente en nuestras prácticas lingüísticas¹⁹⁷. Ciertamente, así como no es lo mismo interpretar una sonata que solo afinar el violín con que otro la ejecuta, tampoco podría decirse —sin generar perplejidad en el interlocutor, o sin pretender comunicarse con arreglo a un “lenguaje privado”—, que, quien facilita a un tercero el arma homicida, realiza también un comportamiento susceptible de ser descrito como matar a otro. Aisladamente considerada, pues, una acción auxiliar carece de sentido, o bien puede expresar uno muy diverso al que pretende asignarse una vez en conexión con otra principal¹⁹⁸.

Para certificar lo anterior, basta con aperebirse de que, en el ámbito de la intervención delictiva, generalmente la descripción de acciones referidas a aportes auxiliares o secundarios necesita construirse sobre la base del empleo de verbos transitivos. Por ejemplo, acciones de la clase “asistir”, “cooperar”, “ayudar”, “inducir”, “instigar”, etc., que, para cuya cabal comprensión, recaban siempre de la sucesiva indicación —que habrá de servirle como complemento directo o indirecto, según la formulación del enunciado—, sea de otro sujeto, o bien de una acción principal diversa, pues carecen de autosuficiencia en la determinación de su sentido concreto. Con otras palabras, la identificación de una acción principal constituye una herramienta de cara a la individuación de otra acción que, bajo alguna de sus múltiples descripciones, cuenta como auxiliar *por referencia* a la

¹⁹⁵ Una robusta defensa del carácter jurídico de estas nociones puede encontrarse ya en SCHRÖDER, *ZStW*, 57 (1938), pp. 459 y ss., para quien la pregunta acerca de un concepto extensivo o restrictivo de autor no ha de ser tratada como una pregunta acerca de cierta interpretación correcta o falsa del concepto de autor, sino estrictamente como un problema de técnica jurídica. De ahí que Schröder (*ibidem*, pp. 468 y ss.) insista en distinguir, por un lado, la pregunta técnica acerca del concepto de autor, y, por otro, el problema jurídico-material —que subyace a la formulación técnica del concepto de autor regulado— relativo al merecimiento de pena y al contenido del injusto de las distintas formas posibles de intervención en un delito.

¹⁹⁶ Así, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª ed., pp. 30 y s., aunque señalando que serían las diferencias entre *autor* y *cómplice* las que existirían objetivamente, siendo el legislador el que selecciona cuál de tales diferencias serán las que sirvan para distinguir entre ambos. Por su lado, MAIWALD, *FS-Bockelmann*, p. 354, alude a la comprensión cotidiana (*Alltagsverständnis*) como un indicio para la construcción de las formas de participación en su función como tipos de imputación.

¹⁹⁷ Concediendo decisiva relevancia al lenguaje cotidiano en esta materia, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 22, 295 y s. Cfr. las observaciones de COUSO SALAS, «Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas», en VAN WEEZEL (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, 2013, pp. 629 y ss., con especial referencia al abuso del lenguaje como límite en la definición de un concepto normativo de autor. Apunta la posibilidad de que los datos semánticos ocupen gradualmente el papel antes asignado a las llamadas estructuras lógico-objetivas, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., p. 217.

¹⁹⁸ Fundamental, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. III, 1905, p. 146, quien apuntara ya la idea de que solo a partir de la consideración de las distintas relaciones en que recíprocamente pueden encontrarse las acciones de varios sujetos, podemos determinar el significado de sus acciones individuales.

primera¹⁹⁹. Pero no sucede lo mismo a la inversa. Lo anterior se debe a que las acciones auxiliares exhiben, por definición, un carácter instrumental²⁰⁰, que no necesariamente revisten (bajo alguna de sus posibles descripciones) las acciones principales a las que las primeras sirven. Por esto, en términos de razonamiento práctico, la ejecución de una acción principal puede ocupar el lugar de premisa mayor, en tanto que razón para ejecutar una (de las eventualmente varias posibilidades de) acción auxiliar, cuya ejecución (u omisión) podría obtenerse con necesidad práctica, justamente de cara a favorecer (o abstenerse de favorecer) la realización de la primera. Lo anterior es independiente de que tales acciones sean llevadas a cabo por el mismo sujeto, o bien, por sujetos distintos.

Ahora bien, dicho todo esto, que múltiples ordenamientos se hagan eco de las notas recién esbozadas, y concreten parcialmente tales diferencias por la vía de reconocer modalidades de intervención principales y accesorias, ni significa que su contenido específico venga prefigurado, ni mucho menos que sea la única disciplina legal posible²⁰¹. Más bien, ello convierte este asunto en una cuestión esencialmente normativa que solo puede resolverse calibrando la capacidad de rendimiento de cada sistema frente al cumplimiento de determinados fines estimados valiosos para un concreto ordenamiento jurídico-penal. Esto último, en términos de teoría general del Derecho, cabría ser explicado en función del carácter de “conceptos jurídicos condicionados” que exhiben las modalidades de intervención delictiva, o, dicho en términos más amplios, las categorías que disciplinan la pluralidad de sujetos en un hecho delictivo (para incluir así a la autoría mediata, en la que no hay pluralidad de intervinientes, pero a la vez excluir a la autoría directa, en la que solo se implica un sujeto). En efecto, en oposición a los así llamados “conceptos jurídicos fundamentales”²⁰², los condicionados —también llamados contingentes o relativos— no

¹⁹⁹ Que el carácter auxiliar de una acción sea relativo a la descripción de la misma (con independencia de que esa acción auxiliar sea preparatoria de un hecho propio o ajeno) es advertido por MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 75.

²⁰⁰ Nótese que, tratándose de acciones auxiliares a cargo de sujetos distintos a los que ejecutan la acción principal, dicha instrumentalidad es objetiva y externa, pues quien realiza la acción auxiliar, en su fuero interno, perfectamente podría tenerla como un fin en sí misma, tal cual patrocinaban las antiguas teorías subjetivas de la autoría. Sobre la relación fin-medio que caracteriza a las acciones auxiliares destinadas a garantizar la eficacia de la ejecución de una acción principal, fundamental, KINDHÄUSER, «Zum Begriff der Beihilfe», en DANNECKER *et al.* (coords.), *FS-Otto*, 2007, pp. 360 y ss.

²⁰¹ Antes bien, únicamente existe un requerimiento mínimo de consistencia. Pues, una vez resuelto en favor de alguno de estos sistemas, el legislador sí que necesita continuar un desarrollo coherente del modelo acogido, cuidando que exista una unidad interna. Cfr. FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 144 y s., quien condena la incoherencia intrasistemática que supone la introducción en un régimen legal diferenciador de tipos penales moldeados sobre un concepto unitario de autor.

²⁰² Por conceptos fundamentales cabe entender categorías indispensables e irreductibles del pensamiento jurídico, que permiten reconocer un sistema jurídico en general, dado que median en la operatividad de sus normas en particular. Sucede así, por ejemplo, con las nociones de acto ilícito y sanción jurídica —delito y pena, como respectivas subespecies—, sin cuya presencia un ordenamiento *jurídico* deviene estrictamente inconcebible. En oposición a estos últimos, los conceptos jurídicos condicionados representan el resultado de un sistema normativo espacio-temporalmente determinado —aunque puedan repetirse, como generalmente lo hacen, de uno en otro—, por lo que tienen un carácter contingente. Sobre esta distinción

son categorías imprescindibles para la experiencia jurídica, pues se rigen por criterios de pertinencia, no de necesidad, lo que explica, a su vez, que no sean comunes a todos los ordenamientos jurídicos, y que, entre aquellos ordenamientos que sí los reconocen, su contenido y alcance no precisa ser unitario. En este grupo, entonces, cabe situar a la coautoría, a la autoría mediata y a las formas de participación²⁰³, de cuya presencia, desde luego, no depende la inteligencia y operatividad de un sistema normativo, en cuanto tal, sino ciertos fines sustantivos cuya consecución —y esto es lo que cabría demostrar— se vería facilitada mediante su establecimiento.

1.2. Fundamento y ventajas de un sistema diferenciador de interviniente

En función de lo anticipado, no es de asombrar en absoluto que en la encrucijada relativa a la adopción de un sistema unitario o diferenciador incidan crucialmente principios de orden político-criminal. Varios de tales extremos fueron enunciados en la exposición de las principales construcciones doctrinales en la materia. Enseguida, se ponderarán los argumentos tradicionalmente esgrimidos en defensa de una concepción diferenciadora, para luego indicar, favoreciendo esa misma dirección, cuáles se estiman aquí decisivos.

El reparo más intenso y reiterado contra un sistema unitario acusa una transgresión del mandato de determinación. La doctrina suele analizar los dos sistemas en disputa desde la perspectiva de cómo se comporta cada uno de cara a la interpretación de los tipos de la Parte especial²⁰⁴. De tal comparación se extrae que las concepciones unificadoras, al no discriminar modalidades de intervención principales y accesorias, pasarían por alto que no cualquier comportamiento es subsumible en los tipos delictivos²⁰⁵. Por su lado, la

véase STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (trad. W. Roces), 2007, pp. 20 y ss., pp. 367 y ss.; GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia*, pp. 98 y ss.

²⁰³ Distinta es la situación de la autoría directa, *categoría común* a los sistemas unitarios y diferenciadores de interviniente, bajo la cual puede imputarse la realización de cualquier delito. Esto no se debe a que esté “genéticamente” contenida ya en las normas de comportamiento, sino, como se verá pronto, a que se trata del esquema más básico que permite imputar su quebrantamiento. En ese sentido, está presupuesta en la concepción de hecho delictivo en tanto que quebrantamiento *imputable* de una norma de comportamiento.

²⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 129 y ss.; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., Vor §§ 25/9; FIANDACA/MUSCO, *PG*, p. 488; . PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 449 y ss.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/15 y 32.

²⁰⁵ Esta constatación ha conducido últimamente a que algunos autores centren la mirada ya no solo en la disputa acerca de un sistema de participación o unitario, sino en la de un concepto unitario versus otro restrictivo de hecho. Mientras la primera pregunta concierne a si y con qué consecuencias debe distinguirse una y otra modalidad de intervención, la segunda versaría sobre el alcance de cada tipo penal. Así, RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/3 y s.; EL MISMO, «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA* (2007), pp. 575 y ss., acusando, además, una incompatibilidad entre el concepto restrictivo de autor, profesado por la doctrina mayoritaria en Alemania, y un concepto extensivo de hecho, que abarcaría todos los comportamientos causales para la lesión de un bien jurídico, y que se obtiene de la teoría causal de la equivalencia, acogida también por la doctrina allí dominante. En el mismo sentido, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 47, 58 y ss., 147 y s.; EL MISMO, *Matt/Renzikowski-StGB*, § 25/3, quien propone un concepto restrictivo de hecho, definido materialmente por las posiciones jurídicas que son protegidas en los respectivos tipos, junto con una noción individualizadora de causalidad,

réplica por parte de quienes simpatizan con un sistema unitario o monista no suele pasar de la reconvención formal de que el modelo rival tampoco conseguiría respetar tal principio²⁰⁶. Ahora bien, la asociación de un “concepto restrictivo de autor” con una interpretación igualmente restrictiva de los tipos no resulta precisa, pues, como se ha señalado al inicio de este capítulo, ese concepto restrictivo se negaría así mismo si pretendiera expulsar de su alcance ciertos comportamientos —los de intervención accesoria— que desde un inicio no estarían situados en el tipo. Al margen de lo anterior, y centrando ahora la atención en el núcleo duro de la crítica enunciada, esta únicamente se deja articular a partir de una comprensión que identifica la autoría con el contenido prescriptivo de los tipos, y que, sin embargo, solicita ser profundamente revisada. A reserva de sucesivas concreciones, las modalidades de intervención delictiva no establecen las condiciones bajo las cuales un comportamiento puede ser subsumido en la descripción de un tipo de delito, sino más bien aquellas bajo las cuales ese comportamiento puede ser imputado a dos o más sujetos. Por esto, el problema que afecta a los sistemas monistas no es el de una ampliación desmesurada del contenido de los tipos delictivos —de lo cual habla, en favor de ellos, la existencia de reglas similares a las de una accesoriadad cualitativa y cuantitativa en un sistema diferenciador²⁰⁷—, sino el de una ampliación de los sujetos candidatos a que ese hecho se impute a título propio. A raíz de ello, si un sistema diferenciador no recogiera expresamente ciertas modalidades de intervención delictiva, se formarían, en efecto, lagunas de punibilidad, pero derivadas del hecho de que, entonces, se carecería de una estructura de imputación cuyo efecto

cuyo eje central es la distinción entre causa y condición. De este modo, en los delitos puros de resultado, autor directo solo sería aquel que influye (*einwirkt*) directamente en la esfera jurídica ajena, y no quien pone una mera condición para el resultado. Pues bien, como acertadamente diagnostican Renzikowski y Haas, la determinación del alcance del concepto de hecho —como objeto de una eventual imputación— necesariamente condiciona el ámbito de aplicación de las modalidades de intervención delictiva: mientras más extensa sea la concepción del hecho, más amplio es el espectro de posibilidades de intervenir en él; a la inversa, una noción *estricta* de hecho —que no incluye más que las instancias que efectivamente se dejan subsumir en él—, aunque no condiciona, facilita que luego se proceda con arreglo a modalidades diferenciadas de imputación. Con todo, cabe reparar en que del manejo de una teoría causal generalizadora —que, por cierto, no ha de identificarse sin más con la fórmula *conditio sine qua non*— no se sigue que el comportamiento de un partícipe, además de exhibir relevancia causal de cara a la explicación de cierto resultado, efectivamente satisfaga la descripción de una determinada clase de acción. Aunque exhiba relevancia causal, una acción auxiliar no es una instancia del supuesto de hecho descrito en un tipo de la Parte especial, por lo que su exclusión —en contraste con lo sugerido por aquellos autores— tampoco se obtiene con arreglo a una interpretación “restrictiva”, sino más bien “estricta” del hecho correspondiente.

²⁰⁶ Por ejemplo, KIENAPFEL, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik*, pp. 23 y 25, quien añade que la idea de tipo no es ni monopolio ni privilegio de un sistema de participación. En cambio, crítico del sistema unitario, pero observando igualmente tales falencias en los diferenciadores, SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, 1987, p. 440. En España, haciéndose eco de esta opinión, ya PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 440.

²⁰⁷ En este sentido, según advierte Peñaranda: la extensión del concepto de autor “no trae aquí consigo una extensión paralela de los límites de la tipicidad. Lo que sucede es que, aun sin realizar (todos) los requisitos típicos se puede ser ‘autor’ del delito en cuestión, con tal de que otro u otros los cumplan”. A lo que agrega posteriormente: “[s]i el sistema unitario no ofrece reparos desde el punto de vista del principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*, la cuestión no parece tan diáfana desde la perspectiva del mandato de determinación”. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 410 y 440.

constitutivo hubiese permitido atribuir a ciertos sujetos un comportamiento que, en términos teóricos, habría podido constituir el objeto de una eventual imputación. Pero de este relevante matiz, a la que posiblemente sea la objeción más extendida en contra de un sistema unitario, no cabe desprender que se excluya la posibilidad de que, en ese mismo sistema, el principio de legalidad resulte trastocado por alguna vía distinta, pues la función de garantía de las leyes penales no se reduce a la determinación de los comportamientos prohibidos, sino que también exige —aunque bajo otros parámetros y con una intensidad diversa— una mínima concreción de las respectivas modalidades de imputación²⁰⁸. Lo dicho deja intacta la posibilidad de denunciar, además, una vulneración de la garantía penal, debido a la amplia libertad judicial que tanto las sistemáticas unitarias ortodoxas como heterodoxas asiduamente introducen en el marco de la determinación del *quantum* de la sanción, con los problemas que ello puede suscitar de cara al principio democrático.

Ligada a la anterior, otra crítica que no puede faltar en el examen de un “concepto unitario de autor” es la que objeta la insoportable extensión de la punibilidad a que conduciría por la vía de posibilitar el castigo de “tentativas de participación”. Según suele observarse, aquello que en un sistema diferenciador no aparecería sino como una tentativa (por regla general) impune de participación, en el unitario, en cambio, sería conminado como una supuesta “tentativa de autoría”²⁰⁹. Según la temprana protesta de Welzel, podría fraguarse una contradicción valorativa, pues, una acción accesoria que, desde el punto de vista de aquel que realizaría la acción principal (un autor, en el sentido del sistema diferenciador) no habría significado aún superar la fase preparatoria, para el que interviene en esta (un cómplice, en el sentido de un sistema diferenciador) ya podría figurar como inicio de la tentativa²¹⁰. Nótese, con todo, que la pertinencia de esta crítica es inherentemente sensible a la clase de concepción unificadora que se profese, pues solo procedería contra versiones expresivas de lo que, desde la óptica de un sistema diferenciador, constituiría un “delito de participación”, dado que solo de ese modo el inicio de la ejecución de tal acción “auxiliar” podría contar, bajo cierta descripción, como tentativa de algún *otro* delito (es decir, como acción principal desde la respectiva tesis unificadora). Pero, desde luego, ya que no todas las concepciones unificadoras se edifican sobre tal premisa, no es lícito atribuirles de manera genérica semejante contradicción valorativa. Por otro lado, nada impide que las legislaciones que acogen un sistema unitario de interviniente dispongan

²⁰⁸ Esto no ocurre, por ejemplo, con la regulación austríaca, pero sí con la italiana, cuyo artículo 110 alude de manera indiscriminada a las personas que concurren en un delito. A este último respecto, véase DONINI, «Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale», *DPC* (2017), pp. 5 y ss.

²⁰⁹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 61 II. 1; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 6; HOYER, en WOLTER (ed.), *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, Vor § 25/6; REYES ROMERO, *En Letra: Derecho penal*, 10 (2020), pp. 125 y ss.

²¹⁰ Cfr. WELZEL, *Estudios de Derecho penal*, p. 85.

—como, en efecto, suelen hacerlo— limitaciones expresas, similares a las que en el modelo antagónico constituirían reglas de accesoriedad cuantitativa²¹¹.

Según otra extendida crítica a los sistemas unitarios, estos podrían autorizar la punición, a título de autoría, de ciertas acciones que, en el sistema opuesto, o bien no se consideran antinormativas, o bien, siéndolo, no revestirían una capacidad lesiva autosuficiente²¹². A pesar de que, como se ha señalado, los sistemas monistas de intervención no suponen una ampliación de los comportamientos objetos de una eventual imputación (y, con ello, no perforan necesariamente el principio de legalidad), sí resultan más problemáticos de cara al principio de ofensividad, pues no permiten transparentar suficientemente que aquellos comportamientos que, por sí mismos, no lesionan o directamente no ponen en riesgo un bien jurídico, solo se vuelven jurídico-penalmente relevantes a través de otros, que sí revisten tales atributos. Lo anterior permite certificar que el principio de accesoriedad viene a constituir, especialmente en su faz cualitativa, una manifestación del principio de lesividad²¹³, amén del de fragmentariedad²¹⁴. Con todo, nótese que es en este específico contexto argumental —a saber, en el de una comparación *de lege ferenda* entre posibles sistemas de intervención delictiva— donde el principio de accesoriedad muestra una faz “limitadora”, y, en esa medida, expresiva del de lesividad. En cambio, una vez que un ordenamiento ya se ha decidido en favor de un modelo diferenciador, desde una mirada interna, el principio de accesoriedad cumple un rol estrictamente fundamentador del castigo del partícipe. Su faz limitadora solo podría concebirse por referencia a otra clase de consecuencias, es decir, si el punto de vista adoptado fuese el de un sistema unitario, y, por ello, desde una mirada externa a la del modelo efectivamente acogido.

Íntimamente vinculada a las consideraciones previas se encuentra la posición que cada sistema, unitario y diferenciador, ocupa frente al principio de proporcionalidad. Bajo el desiderátum de ajustar los delitos y las penas a la magnitud objetiva y a la relevancia social que exhiben los comportamientos por los que cada sujeto responde, es razonable contar con categorías que permitan expresar idóneamente las diferencias eventualmente

²¹¹ Sin perjuicio de que, como advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 138, al limitarse el castigo de la tentativa a ciertas formas de autoría, se adopte una decisión que probablemente no sea consecuente con las premisas de las que parte una concepción unitaria.

²¹² En esta línea, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, pp. 177 y ss.

²¹³ En el mismo sentido, VACCHELLI, *Intervención delictiva*, pp. 29 y ss., quien, además del de lesividad, invoca los principios de intervención mínima y de proporcionalidad.

²¹⁴ A la luz del principio de fragmentariedad, un sistema de autoría y participación que abarcara la totalidad de relaciones posibles entre los intervinientes representaría una *contradictio in adiecto*. Así, BLOY, «Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle», *ZStW*, 117 (2005), p. 16. De este modo, la subordinación de una clase de acciones a las otras es la única vía de evitar un círculo de tutela *cuasi* contradictorio, ya que en segundo grado se incriminarían comportamientos considerados en un primer momento (en el de la tipificación) inofensivos del bien jurídico en cuestión. Así, RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, 2001, p. 47.

reconocibles entre lo realizado por sujetos concurrentes en un mismo hecho²¹⁵. Para esto, la diferencia entre modalidades de intervención delictiva reviste importancia en un dúplice sentido. Primero, porque refleja una disimilitud manifestada a nivel de antinormatividad —apreciable desde distintas posiciones teóricas: sea que se considere que el partícipe infringe una norma secundaria, que infringe de manera menos intensa la misma norma que el autor, o bien, que se le impute el favorecimiento de una infracción de deber ajena—, pero también reflejada a nivel de culpabilidad²¹⁶. En segundo lugar, porque la diferencia según una ponderación objetiva de sus respectivos aportes, además de fundamentar individualmente la responsabilidad de los intervinientes, puede contribuir a evitar una degradación o trivialización del significado de lo injusto por mor de diseminar su imputación en conductas valorativamente menos graves²¹⁷.

Por último, y en lo que aquí se considera crucial, un sistema diferenciador está en mejores condiciones de neutralizar la perplejidad que podría generar el hecho de dispensar el mismo tratamiento al sujeto cuyo comportamiento, por sí mismo, no habría satisfecho la descripción de cierto tipo delictivo, de otro que, si hubiese actuado solitariamente, en cambio, sí podría haberlo hecho. Nótese que la observación anterior no está vinculada con una eventual infracción del mandato de determinación —justamente porque existe al menos un comportamiento que sí satisface la clase de acción descrita en el tipo—, sino más bien con el principio de autorresponsabilidad: una comprensión monista de las relaciones de intervención delictiva no otorga suficiente relevancia a las diferencias estructurales que pueden subyacer a la operación de adscribir un hecho a un sujeto, a título propio o a título ajeno, en razón del distinto fundamento que su comportamiento puede suministrar para que tenga lugar semejante imputación. Ello supone partir de la base de que la sola prohibición de un comportamiento no comprende el universo de modalidades bajo las cuales un sujeto puede involucrarse en él.

Por supuesto, el carácter cualitativo de la distinción entre ambas formas de intervenir en un hecho delictivo ha sido cuestionado desde distintas ópticas²¹⁸. Con todo, su afirmación

²¹⁵ Invocando este principio para sustentar la premisa de que no toda intervención merece el mismo peso, también MOLINA FERNÁNDEZ, «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, 2018, p. 355. En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, «La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal», *Polít. Crim.*, 24 (2017), pp. 1261.

²¹⁶ En este último sentido, MAYER, M.E., *PG*, p. 424.

²¹⁷ Ello engarza con una advertencia que a propósito del principio de proporcionalidad formula MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 4/76: que la reafirmación de las prohibiciones en la conciencia colectiva supone “apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen”.

²¹⁸ No solo se integran aquí los defensores de la concepción “cuantificadora” de base funcionalista, antes examinada, sino también quienes consideran que la coautoría se encuentra gobernada por el principio de accesoriadad. Decididamente en contra del carácter cualitativo de la diferenciación, como del método clasificatorio subyacente, y, propugnando, en su lugar, un sistema abierto de graduación de formas de intervención delictiva, de acuerdo con reglas metodológicas de la construcción de “conceptos tipo”

no descansa en una relativización —ni menos en una negación— del real y alambicado problema que, efectivamente, en algunos casos puede suscitar la determinación de qué categoría tendría que resultar aplicable, sino más bien en la identificación del nivel en el cual se situaría ese problema, que no es conceptual, sino aplicativo. La gradualidad a la que, en ciertos casos, se encuentra expuesta, por ejemplo, la calificación de un aporte como constitutivo de coautoría o bien de complicidad no obsta al reconocimiento de que la aplicación de una de ellas significará asignar a dicha contribución un sentido distinto al que tendría de aplicarse la otra²¹⁹. De ahí que tal borrosidad solo se encuentre disponible bajo la representación de que un mismo hecho podría llegar a exhibir propiedades (en este caso, jurídico-penales) muy distintas, según resulte subsumido en una u otra categoría²²⁰.

En lo que resta de este capítulo, se ofrecerá un tratamiento sintético, pero diferenciado, sobre el fundamento y la estructura que, de acuerdo con la comprensión patrocinada en esta investigación, subyace a las modalidades de intervención delictiva, y cuyo aparato conceptual servirá de base para su desarrollo ulterior en la coautoría.

2. Autoría y participación como problemas de imputación

Desde una perspectiva panorámica, aunque asaz distinta a la tradicional, ya tematizada, pueden advertirse con meridiana nitidez dos aproximaciones que se disputan el enfoque teórico de la discusión²²¹. De un lado, fórmulas que, con independencia del modelo unificador o diferenciador en el que derivan, exhiben como raíz común la comprensión de este instituto como un asunto de antinormatividad (o de “injusto típico”). En

(*Typusbegriffen*), OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 298-314, especialmente 305 y ss. Sobre los problemas que comportan las clasificaciones binarias, enunciando, entre otros ejemplos, la delimitación entre autoría y participación, véase MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 693; SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, p. 58.

²¹⁹ Cfr. PUPPE, «Sobre el uso de definiciones en el Derecho. Definiciones creativas, o por qué los juristas disputan sobre conceptos» (trad. Sánchez-Ostiz), en LA MISMA, *El Derecho penal como Ciencia*, 2014, pp. 24 y s., quien, utilizando como ejemplo el dominio funcional del hecho, advierte la posibilidad de que, por medio de una operación comparativa, llegue a considerarse que la importancia de la aportación de un interviniente exhiba un grado tal que permita sostener que en dicho caso tenía el dominio del hecho, o bien, a la inversa, que carecía de tal dominio; pero, en cualquiera de ambos casos, ese concepto —según Puppe, el del dominio funcional del hecho— se entiende desde el comienzo, “no como un concepto que se da en más o menos grado, sino como un concepto cualitativo unitario que, respecto a una contribución al hecho, sólo se da o no se da”.

²²⁰ Así, es necesario distinguir el material fenomenológico con el que trabaja el operador jurídico de las consecuencias asignadas a la operación por medio de la cual decide sobre la aplicación de una u otra categoría. Como advirtiera ya SCHRÖDER, *ZStW*, 57 (1938), p. 465, desde un “concepto restrictivo de autor”, cada acción de intervención delictiva que no satisface las condiciones para ser caracterizada como autoría —que Schröder, como partidario de una teoría objetivo-formal, asociara a la realización del tipo—, respecto de ella, es jurídico-penalmente un *aliud*. Cfr. asimismo BLOY, *Die Beteiligungsförm als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 368 y s., quien en términos críticos advierte que la ausencia de una frontera clara entre coautoría y complicidad ha conducido al malentendido de que tampoco existiría una diferencia cualitativa entre estas *formas de imputación*. (Cursivas añadidas).

²²¹ Fundamental para esta contraposición, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 80 y ss.

consecuencia, ellas orientan la explicación de la indistinción o separación de tales categorías a ámbitos como, por ejemplo, el momento de la intervención en el *iter criminis*, su propiedad de ser subsumible en una descripción típica, el desvalor de acción imputable al agente, la lesión directa o indirecta del bien jurídico, el incremento del riesgo, la eficacia causal de cada comportamiento, etc. Pueden incluirse aquí también tesis que, bajo la apariencia de fórmulas adscriptivas, acaban favoreciendo la aplicación de criterios materiales, cuyo caso es el de algunas versiones del dominio del hecho, el de la teoría de la determinación objetiva y positiva, y también de las que se apoyan (explícitamente o no) en una identificación categorial entre autoría y posición de garantía.

En cambio, presuponiendo o no diferencias a nivel de antinormatividad, otras teorías tienden a comprender el problema de la intervención delictiva, esencialmente, como uno de imputación. Ello puede advertirse, como se enunció, en el modelo funcionalista de intervención delictiva, que discierne los títulos de imputación como magnitudes concretas de configuración. Por su parte, abrazando un concepto diferenciado de interviniente, las tesis articuladas sobre la base de una diferenciación de ámbitos de responsabilidad, por ejemplo, o de una repartición de competencias sobre el riesgo típico, cuando no se alojan totalmente en el ámbito de la imputación objetiva, pese a la diversa batería de argumentos que ofrecen, parecen inspirarse en una lectura similar de estos asuntos.

Basta un rápido repaso mental del decurso de la prolífica discusión dogmática librada durante el siglo XX para advertir la evidente supremacía de la primera de las orientaciones reseñadas. A continuación, se ofrece una revisión crítica de esta marcada tendencia, previo a descender en el esquema de análisis que se propondrá.

2.1. Crítica al tratamiento tradicional de la diferencia entre autoría y participación como un asunto de antinormatividad

En cualquiera de sus variantes, las teorías objetivo-formales al uso tradicionalmente se han caracterizado por fundamentar la relación de autoría predicable de un sujeto con exclusiva base en la constatación de que su comportamiento se subsume en el tipo penal correspondiente. Desde un tal punto de vista, las cuestiones relativas a la imputación de autoría se revelan solo como consecuencia aneja a una (única) operación de subsunción. De ahí que, de hecho, la fundamentación de la autoría directa, bajo una teoría objetivo-formal estándar, se presente como una “no-pregunta”²²², es decir, como un interrogante que ni siquiera alcanza a formularse, ya que la condición de autor de un sujeto se encontraría ya implicada en la afirmación del carácter típico de su comportamiento. Lo

²²² CONTESSE SINGH, en AMBOS/GUZMÁN DALBORA (eds.), *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal*, 2018, p. 131.

más problemático de este modo de proceder es que, a diferencia de la antinormatividad —que es una propiedad que *superviene* al comportamiento de un sujeto cuando este realiza las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo²²³—, la condición de autor no se sigue necesariamente de la constatación de haberse realizado una acción típica.

Por su lado, las llamadas teorías objetivo-materiales, atentas a la circunstancia de que los problemas de intervención delictiva comparecen justamente cuando un comportamiento, individualmente considerado, no satisface la descripción del tipo de acción, pero asimismo persuadidas por la supuesta necesidad de blindar ya el propio concepto de autor con elementos que permitan —principalmente de cara a los delitos puros de resultado— solucionar el problema de la subsunción típica, han elaborado criterios sustantivos que, al compás de aquella predominante tendencia, siguen concentrando sus esfuerzos en determinar el ámbito de aplicación de la respectiva norma de comportamiento. Con ello, no obstante, el problema medular sigue siendo el mismo que el detectado a propósito de las teorías objetivo-formales, a saber: identificar la condición de autor con la realización de ese “injusto típico”, nada más que ahora reconocible con arreglo a criterios materiales. Lo anterior da lugar a una seria crítica metodológica —que Rotsch centraliza en la teoría del dominio del hecho, pero que es plenamente extensible a las demás de este grupo—, consistente en la siguiente circularidad: por un lado, a partir del dominio del hecho debe decidirse quién es la figura central del suceso típico; por otro, la determinación del suceso típico exige la afirmación previa de dominio del hecho²²⁴.

Los intentos contemporáneos de reformular la teoría de la intervención delictiva, a pesar del nuevo instrumental conceptual que acompañan, lejos de reportar una mudanza de este paradigma, han contribuido a su acentuación. Acaso el ejemplo más evidente a la par que significativo sea el de la disolución de los problemas de intervención delictiva en apéndice de los criterios de imputación objetiva. Las reconstrucciones orientadas en este último sentido ofrecen criterios que, de esta manera, se proponen no solo cumplir la función de determinar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento, permitiendo así —aunque con profundos matices, según sus distintas versiones— la “determinación de la conducta típica” o la “imputación del resultado” a un sujeto, sino también la de trazar límites entre intervenciones principales y accesorias²²⁵. Para tales efectos, como fuese ya registrado, la discusión moderna ofrece una densa variedad de criterios normativos —la dominabilidad, el control del riesgo, la competencia sobre una fuente de peligro, la condición de autor

²²³ Cfr. MAÑALICH, *REJ*, 12 (2010), pp. 175 y s.

²²⁴ ROTSCH, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, p. 293. ROBLES PLANAS, *Polít. Crim.*, 30 (2020), p. 997, pronuncia una crítica similar al señalar que los tipos no definen el injusto punible y, a su vez, a quiénes responden como autores; si así fuese, “el criterio de autoría (...) sería co-constitutivo del injusto”.

²²⁵ Al respecto, véase VON ATENS, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, 2019, pp. 123 y ss., 176 y ss.

fundada en posiciones de garantía, entre otras—, algunos de los cuales, con ocasión del concepto de autor en el injusto imprudente, habrá oportunidad de volver a mencionar²²⁶.

En contra de esta marcada tendencia cabría primero advertir que el conjunto de criterios albergados bajo el rótulo “imputación objetiva” no consiste en un juicio propiamente adscriptivo, sino de subsunción²²⁷, de la mano de criterios teleológicos cuya función — cuando no conciernen a cuestiones de evitabilidad— es delimitar el ámbito de aplicación de una norma en razón del carácter fragmentario que reviste esta parcela jurídica. La precisión terminológica tiene suma relevancia en este ámbito, pues permite comprobar que el problema sigue situado en el plano prescriptivo, no adscriptivo. Debido a ello, es comprensible que los criterios de imputación objetiva, consagrados a determinar cuándo el comportamiento de uno o más sujetos es materialmente susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo, no incluyan (ni puedan incluir) elementos que permitan desarrollar las distintas estructuras agenciales bajo las cuales aquellos sujetos pueden vincularse²²⁸.

A partir de lo expuesto, cabe consignar que el desenvolvimiento teórico de los problemas de intervención delictiva como asuntos de antinormatividad no permite efectuar la capital distinción entre los conceptos de autoría como “realización de un tipo de delito”, por un lado, y de autoría como “imputación a título propio de la realización de un tipo de delito”, por el otro²²⁹. La particular importancia de distinguir ambas definiciones reside en el carácter deficitario de la primera de ellas. Para esto, sirven las consideraciones críticas recién formuladas, a las que cabría añadir otra de orden tan formal como fundamental, a saber: aun cuando se afirmase que todo sujeto que realiza un tipo delictivo es autor, e independientemente de que para dicha aseveración solo necesite aplicarse el respectivo tipo —y, por lo tanto, hecha abstracción del carácter declarativo o constitutivo que tendrían las disposiciones generales que recogen expresamente a la autoría mediata y a la coautoría—, tal sujeto no sería autor *porque* haya realizado el tipo. Pues, aunque una operación arroje simultáneamente varias respuestas, ello no significa que, contemplada analíticamente, todas ellas estén respondiendo a una misma pregunta. Al contrario, y justamente porque la coincidencia es contingente, conviene separar la clase de asuntos

²²⁶ Véase *infra* Cap. Cuarto, apdo. I.3.

²²⁷ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 482 y ss. También SILVA SÁNCHEZ, «Problemas para la imputación objetiva», en EL MISMO, *Tiempos de Derecho penal*, 2009, p. 46: “la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho”.

²²⁸ Críticamente respecto de la tendencia a incluir los requisitos de la autoría en la teoría de la imputación objetiva, por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 458; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 15/103.

²²⁹ Fundamental, HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, pp. 11 y ss., 337 y ss. Una vez precisada la diferencia entre autoría como realización del tipo, y autoría como forma de imputar la realización del tipo, entonces es posible el desenvolvimiento de un sistema de intervención delictiva en el que el autor no necesariamente debe realizar el tipo de propia mano.

implicados. La pregunta acerca del concepto de autor es una pregunta sobre las condiciones bajo las cuales se atribuye a un sujeto un determinado hecho a título propio, lo que presupone contar ya con aquello de cuya imputación a título propio se trata.

2.2. Análisis de las modalidades de autoría y participación como categorías adscriptivas

2.2.1. Una diferencia preliminar: objeto, criterio, base, estructura y título de imputación. A la vez, sobre el sentido y alcance del principio de responsabilidad por el propio hecho en la intervención delictiva

La atribución de responsabilidad jurídico-penal, bajo cualquier modalidad de intervención delictiva, asume la estructura relacional que exhibe todo enunciado de responsabilidad, y que en su forma más simple reza: “X es responsable por y”. La aplicación de esta estructura de análisis a la intervención de varios sujetos en un mismo hecho delictivo exige incorporar otros elementos íntimamente vinculados entre sí, para cuya mejor comprensión y diferenciación es pertinente distinguirlos nominalmente.

La noción más básica al respecto es *objeto de imputación*. Dado que este siempre está constituido por un comportamiento que ejemplifica la clase de acción prohibida o es instancia de la falta de ejecución de la clase de acción requerida, se trata de una categoría común a todas las modalidades de intervención delictiva —y también, a las de imputación subjetiva—, que responde a la pregunta acerca de *qué* se imputa. El carácter básico de esta noción reside en la prioridad que exhibe la operación que *fija* el comportamiento de cuya eventual imputación se trata —que, desde luego, también puede incluir la tentativa de delito—, frente a otras que, en un momento lógicamente posterior, determinan si y bajo qué condiciones esa adscripción puede —objetiva y subjetivamente— operar²³⁰.

Luego, con *base de imputación* puede designarse el comportamiento que individualmente vincula a un sujeto con el objeto de imputación²³¹. Es decir, se trata del fundamento que

²³⁰ Como recientemente advierte SILVA SÁNCHEZ, «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: la *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento», *LH-Luzón Peña*, 2020, p. 1124, no cabe hablar de autoría (ni de participación) antes del comienzo de la tentativa. Esto es fundamentalmente correcto, justamente porque antes de la configuración de un objeto de imputación no puede surgir la pregunta acerca de posibles modalidades de imputación de dicho objeto.

²³¹ Sobre la diferencia entre sujeto, objeto y base de imputación en el contexto de la teoría de la intervención, véase KUTZ, *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, 2000, pp. 4, 115 y s., 122; MAÑALICH, «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 26 y s. Sobre la diferencia entre objeto y fundamento de responsabilidad, véase DAN-COHEN, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, 2002, pp. 202 y ss.; por su lado, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, p. 249, caracteriza el “injusto típico” como objeto de imputación, aunque lo identifica con el “injusto del autor”. Cfr. VAN

suministra cada interviniente, mediante su propio comportamiento, para que se establezca una conexión, según sea el caso, directa o indirecta con dicho objeto de imputación, y que permite responder la pregunta acerca de *por qué* le es imputable a ese interviniente.

Ahora bien, el común denominador de la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata reside en que todas estas categorías posibilitan que el respectivo objeto de imputación sea atribuido como propio a uno o varios sujetos (que en un sistema diferenciador se llaman autores). A su vez, lo que mancomuna a la inducción y a la complicidad es que ambas hacen posible que ese comportamiento, que es objeto común de imputación, sea atribuido como ajeno a otro u otros sujetos (a los que, en un sistema diferenciador, se les denomina partícipes). Desde esta perspectiva, que ahora discurre en torno del *para qué* sirven tales categorías, puede sostenerse que constituyen *criterios de imputación*. Dado que se trata de especies del género, y que, por ende, determinan solo parcialmente el respectivo concepto —es decir, criban—, pero no explican aún la diferencia específica que media entre ellas, las tres primeras categorías constituyen criterios de autoría, mientras que las dos segundas, criterios de participación.

Para dar cuenta de la diferencia enunciada es necesario reconsiderar la distinta base (o fundamento) en que puede apoyarse la imputación de un hecho, a cierto sujeto, a título propio o a título de participación. De la combinación entre un objeto común y aquella base diferenciadora ha de surgir una determinada *estructura de imputación*, que expresa *cómo* (o bajo qué modalidad concreta) se articulan los elementos específicos del criterio (de autoría o de participación) en cuestión. En función de las respectivas bases y estructuras de imputación puede reconocerse ya una diferencia cualitativa entre las modalidades principales y accesorias de intervención delictiva.

Por último, con autoría directa, autoría mediata, coautoría, inducción, cooperación necesaria y complicidad suele también designarse el específico *título de imputación* jurídico-penal, bajo cuya rúbrica el sujeto adquiere formalmente la condición de responsable criminalmente²³². Este último prisma, que contempla al autor en tanto que

WEEZEL, ZIS, 8 (2009), p. 440, quien señala que la prestación del aporte de cada interviniente constituye “no el objeto de la imputación, sino un motivo para considerar al que realiza ese aporte como miembro de la 'mancomunidad' de los intervinientes”. Según se anticipó, la diferencia entre este último planteamiento y el que aquí se acoge radica fundamentalmente en el reconocimiento de distintas bases de imputación, las cuales, a su vez, permiten distinguir cualitativamente diferentes categorías de intervención delictiva.

²³² Así disciplina el Código penal español estas categorías en su Título II, rotulado “De las personas criminalmente responsables de los delitos”. Lo mismo el Código penal chileno, cuyo Título Segundo reza: “De las personas responsables de los delitos”. Como se apunta en el texto, dado que tales preceptos tienen por objeto establecer quiénes *responden criminalmente* bajo la condición de autor, es comprensible que, bajo esa descripción, resulten equiparados el criterio y el respectivo título de imputación jurídico-penal.

“sujeto del delito”, requiere naturalmente que se satisfagan en él todos los presupuestos de los cuales depende la constitución de un *hecho punible*²³³.

Para dar cuenta de la utilidad de cada una de las anteriores categorías —y, a la vez, anticipar la objeción de una posible infracción al principio de parsimonia— es conveniente perfilar desde ya su contenido y la forma en que ellas se relacionan, sin perjuicio de que, a lo largo de la investigación, y especialmente a propósito del desarrollo de la coautoría, se esté volviendo continuamente sobre esta clasificación.

En primer lugar, autoría y participación designan categorías de intervinientes que no se distinguen por el objeto de imputación. Con otras palabras, la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento se imputa al autor y al partícipe es la misma²³⁴.

Dicho esto, sin embargo, la diferenciación entre el objeto y la base de una concreta imputación es absolutamente capital, pues permite separar nítidamente el elemento común a todos los intervinientes, de aquello que sustenta individualmente su responsabilidad por el (mismo) objeto de imputación²³⁵. Dado que la base de imputación que los autores y partícipes suministran para que el quebrantamiento de la respectiva norma les sea imputable es de distinta clase, entonces la diferencia entre tales intervinientes —como fuese ya anticipado— no puede ser puramente cuantitativa. Los autores acaban vinculados agencialmente de manera directa con el (comportamiento que es) objeto de imputación, mientras que la vinculación agencial de los partícipes es de carácter indirecta, por encontrarse mediada por el comportamiento de los primeros. Pero, además, esa diferencia de base también permite distinguir al interior de las respectivas modalidades, es decir, entre modalidades de autoría, por un lado, y modalidades de participación, por otro²³⁶. Por ejemplo, tanto al que determina a otro para que dé muerte

²³³ Cfr. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 40 y 43, se refería al autor como “sujeto del delito”, pues en la persona de este tendrían que realizarse (objetiva y subjetivamente) todas las circunstancias requeridas por la concreta ley penal (*Strafgesetz*).

²³⁴ Fundamental, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pp. 248 y ss., según quien, en la medida en que tanto al autor como al partícipe se imputa el (mismo) “injusto típico”, no se reconoce en este una diferencia. Ella radica más bien en cómo se verifica dicha imputación (*ibidem*, p. 250); las distintas formas de intervención en un hecho punible son, en realidad, formas de responsabilidad por el mismo injusto (*ibidem*, p. 257). Véase también VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 85 y s.; KINDHÄUSER, «Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 12.2.1997 – 2 StR 28/97», *NStZ*, 6 (1997), p. 274.

²³⁵ Según se anticipó, se trata de una diferencia crucial entre el modelo aquí defendido y el de base funcionalista. Relevador en este aspecto, LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, p. 284: “[m]ientras la responsabilidad jurídico-penal del autor y el cómplice es idéntica según su objeto y fundamento, las cuotas de responsabilidad son distintas” (de manera similar, *ibidem*, p. 197). Cfr. también VAN WEEZEL, «Recensión a Hernán Orozco López, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten», *InDret*, 1 (2020), p. 528: “[l]a unidad de fundamento de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en los casos de responsabilidad mancomunada no implica, sin embargo, que todos ellos se encuentren en la misma situación. Los modelos de imputación unitaria dejan espacio para distinciones en la medida de la responsabilidad de los intervinientes, aunque ellas «solo» puedan tener lugar en el plano cuantitativo”.

²³⁶ Cfr. MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, p. 27.

a un tercero, como a quien proporciona el arma homicida, puede imputarse un delito de homicidio (como hecho ajeno) a título de inducción y de complicidad, respectivamente, en virtud de la distinta base que para dicha imputación suministran.

Un tratamiento indiferenciado entre objeto y criterio de imputación representa la marca característica de las teorías objetivo-formales al uso, que, como se ha visto, por fagocitar la autoría en la tipicidad, no distinguen adecuadamente entre “realización del tipo” e “imputación de la realización del tipo a título propio”. Pero también es relevante la diferencia entre base y criterio de imputación, ya que la realización de una clase de comportamiento, por sí misma —sin ser puesta en conexión con otros comportamientos—, no determina la modalidad de imputación eventualmente aplicable²³⁷. Como pronto se verá, la ejecución de una acción auxiliar por parte de un sujeto no excluye la posibilidad de que la realización del tipo por parte de otro se impute al primero de ellos a título propio, como muestra la estructura de la autoría mediata. La situación del instrumentalizado por otro permite advertir la relación inversa: que un sujeto —el instrumento— realice una acción principal no implica, desde ya, que el tipo le resulte imputable a título propio.

Por su lado, la distinción entre criterio y estructura de imputación permite reconocer tanto los puntos en común, como los que diferencian, al interior de *sí mismas*, a las modalidades principales y accesorias de intervención delictiva. Por ejemplo, autoría directa, autoría mediata y coautoría representan un criterio de autoría, y, por ende, posibilitan la imputación de un hecho a título propio. Pero dado que las relaciones agenciales que fungan como fundamento para dicha imputación son en cada caso diversas, se torna también reconocible una diferencia estructural, de la que se extrae una consecuencia capital: los elementos constitutivos de un criterio de autoría no tienen por qué supeditarse a los que gobiernan a otro criterio distinto. Esto habla inmediatamente en contra de la tendencia a razonar los presupuestos de la coautoría bajo los términos de la autoría directa.

Que con las distintas categorías de intervención delictiva pueda designarse, a la vez, tanto una estructura de imputación como un título de responsabilidad criminal, permite clarificar, entre otras cosas, la posición sistemática de la autoría en la economía interna del delito. Tras analizar la estructura de la imprudencia, se volverá sobre este extremo²³⁸.

Por último, las categorías anteriormente introducidas ofrecen oportunidad de precisar brevemente el sentido y alcance del principio de responsabilidad por el propio hecho en el ámbito de la intervención delictiva. Especialmente a propósito de la responsabilidad

²³⁷ MAÑALICH, *Nötigung*, p. 125: “[l]os elementos de la antinormatividad del comportamiento no determinan la modalidad de imputación correspondiente”.

²³⁸ Cfr. *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.1.

penal del partícipe, nótese que, para que se cumpla el siempre legítimo desiderátum de que cada sujeto responda solo por sus propios hechos, el reconocimiento de lo que tradicionalmente se ha entendido como un “injusto propio” no es estrictamente indispensable. Más importante aun: la razón de ser de aquel principio no está ligada al carácter antinormativo que tendrían que exhibir los comportamientos fundantes de responsabilidad jurídico-penal, sino que se sustenta en una idea que se deja descubrir ya en la propia etimología del concepto de responsabilidad (del latín *respondere*)²³⁹. En efecto, si es deseable que los sujetos respondan exclusivamente “por” —esto es, “en virtud de”— sus actos personales, se debe a que únicamente respecto de ellos pueden “responder”, esto es, ofrecer razones acerca de por qué se han comportado o dejado de comportar de una determinada manera; por añadidura, solo respecto de tales comportamientos tiene sentido pedir y recibir razones²⁴⁰. En esta medida, acierta Zaczyk cuando advierte que el principio de responsabilidad por el propio hecho no está interesado en poner a la persona en relación con la norma jurídica, sino directamente en relación consigo misma²⁴¹. El principio de autorresponsabilidad no necesariamente se debilita por el hecho de que, respecto de cierta clase de comportamientos, bajo ciertas condiciones susceptibles de ser sometidos a una norma de sanción, no llegue a afirmarse su antinormatividad —como tampoco se lo fortalece por la vía de asignar el estatus de antinormativo a un comportamiento que no satisface las condiciones para ello—, pues su sentido radica más bien en procurar que se conserve el carácter inderogablemente personal de la imputación jurídico-penal.

En consecuencia, el sentido que el principio en liza exhibe en el ámbito de la intervención delictiva es que se clausure la posibilidad de *fundar* la responsabilidad de un sujeto exclusivamente en el hecho —sea antinormativo o no— de otro; lo que equivale a vedar el recurso a lo que antiguamente se denominasen “formas aberrantes de imputación”, de las que constituye una manifestación no la responsabilidad por hechos accesorios²⁴², sino la responsabilidad vicarial o indirecta, de auténtica naturaleza objetiva²⁴³. Estas últimas

²³⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP* (2000), pp. 177 y s.

²⁴⁰ Para una concepción “relacional” de la responsabilidad, como la capacidad de un sujeto para dar respuesta a la verificación de un hecho, en detalle, DUFF, *Answering for Crime*, pp. 23 y ss.

²⁴¹ ZACZYK, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, 2010, pp. 257 y ss., enfatizando que no es posible establecer una relación sencilla entre la autorresponsabilidad configurada de tal manera y el comportamiento antijurídico de otra persona. Cuando se procede de ese modo, “surge una imagen deformada de 'autorresponsabilidad', la cual solamente se tiene en cuenta en tal imagen en la defensiva. Sin embargo, esta imagen ni constituye el significado originario de la autorresponsabilidad ni agota su contenido jurídico”.

²⁴² De hecho, resulta equívoco caracterizar como “derivada” la responsabilidad que cabe al partícipe, ya que no se trata de una responsabilidad contenida en la del interviniente principal, sino de una que también surge originariamente, solo que, para constituirse, opera a expensas de la imputación de un hecho ajeno.

²⁴³ DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, pp. 229 y ss., advierte notablemente la semejanza de ambas constelaciones en cuanto a sus consecuencias, tras contraponer responsabilidad por el propio cuerpo y responsabilidad estricta por el hecho ajeno.

se resuelven sin más en una transferencia de responsabilidad, caracterizada por la conjunción de dos factores: el comportamiento que es objeto de imputación no se ha realizado por el sujeto pasivo de la imputación, y este último tampoco ha desplegado ningún comportamiento que sirva de fundamento suficiente para la atribución (*qua* propio o ajeno) de lo realizado por otro.

2.2.2. Consecuencias del carácter estrictamente adscriptivo de las modalidades de intervención delictiva

Como se ha señalado anteriormente, las modalidades de intervención delictiva, tanto principales como accesorias, son categorías adscriptivas, pues no tienen por función determinar si acaso un determinado comportamiento satisface o no la clase de acción cuya ejecución prohíbe o requiere una norma de comportamiento, sino más bien fijar las bases y organizar la estructura con arreglo a las cuales podría imputarse su quebrantamiento. A partir de ello se siguen algunas consecuencias.

En tanto que reglas de imputación, las modalidades de intervención delictiva operan en la retrospectiva y pueden comprenderse como disposiciones fundamentalmente dirigidas al sujeto activo de la imputación (o sujeto imputante). De ahí, por cierto, que no pueda pretenderse que a su respecto rija con la misma intensidad el mandato de determinación. Ahora bien, lo enunciado acerca del destinatario de estas reglas no excluye, desde luego, que cada agente, antes de materializar su intervención, pueda anticipar la posibilidad de que a su respecto se aplique alguna de tales modalidades de imputación, ni tampoco excluye, por esta razón, que ese mismo sujeto pueda configurar su comportamiento de acuerdo con dicha previsión²⁴⁴. Tomando prestada la terminología de Raz²⁴⁵, así como la realización de una acción principal por parte de un sujeto puede formar “razones generantes” para que él mismo, o bien para que otro sujeto realice una acción auxiliar o instrumental, cuya ejecución, a su vez, estará fundada en “razones generadas” por la primera, así también, en contrapartida, la no ejecución de una acción principal por parte de un sujeto podría fungir para otro como razón para no ejecutar alguna acción que la favorezca. Este efecto configurador puede tener lugar aunque la acción auxiliar no esté incluida en el contenido proposicional de la norma que prohíbe la ejecución de la acción principal, pues la posibilidad de que el quebrantamiento de dicha norma por parte de otro le resulte eventualmente imputable (a título accesorio) también permite que un potencial partícipe, calibrando este factor en su razonamiento práctico, decida cómo configurar su

²⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, p. 84.

²⁴⁵ RAZ, *From Normativity to Responsibility*, 2011, pp. 143 y ss. El principio facilitador sobre el que discurre Raz dispone que cada vez que hay una razón para realizar una acción, hay sendas razones para ejecutar otras que la facilitan.

propio “espacio de juego”. Con lo señalado más arriba, en cambio, solo ha intentado expresarse que la *función* básica de las reglas que establecen las posibles modalidades (tanto principales como accesorias) de intervención en un hecho delictivo no consiste en servir de parámetro o de guía de comportamiento —como toda regla de imputación: son “materialmente ciegas”²⁴⁶—, sino en garantizar los contornos de una imputación justa²⁴⁷.

Por otro lado, que las modalidades de autoría y participación exhiban el estatus de reglas de imputación solicita clarificar el específico sentido en que estas categorías tienen un carácter constitutivo. En efecto, tanto la tesis conforme la cual, para castigar el comportamiento del autor mediato y, especialmente, el de los coautores, resulta necesaria una cláusula que así lo disponga en la Parte general —afirmándose con ello el carácter constitutivo de tal precepto—, como aquella que, por el contrario, sostiene que los tipos de la Parte especial ya podrían fundamentar de manera autosuficiente la responsabilidad de tales sujetos —afirmándose con ello el carácter declarativo de aquel precepto—, están ambas dominadas por una comprensión según la cual la coautoría y la autoría mediata (aunque también la autoría directa) representarían medios comisivos del hecho. Pero una vez impugnada la suposición de que tales modalidades de autoría amplifican el contenido prescriptivo de un tipo, solo queda espacio para referir su carácter constitutivo no al plano de la así llamada “materia de prohibición” —desde cuyo punto de vista, como aquí se ha mantenido, nada añaden—, sino a lo concerniente a las condiciones bajo las cuales la realización de un tipo delictivo puede imputarse a un sujeto a título propio, precisamente sobre la base de que la norma de comportamiento infringida no contiene sus propios presupuestos de imputación. En el sentido aquí introducido, en términos categoriales —y ya no desde el punto de vista de su reconocimiento en la Parte general— también la noción de autoría directa tiene un carácter constitutivo, pues establece ciertas condiciones mínimas bajo las cuales puede imputarse un comportamiento a título propio.

Otra consecuencia que se sigue de asignar un estatus adscriptivo a las modalidades de intervención reside en un distanciamiento con otras tesis que, explícita o implícitamente, propugnan la existencia de “tipos de autoría” y de correlativos “tipos de participación”. Según lo defendido aquí hasta el momento, la tipicidad, por un lado, y la autoría y la participación, por el otro, constituyen categorías situadas en niveles de análisis distintos. La síntesis de ambas operaciones bajo la fórmula de sendos “tipos adscriptivos”²⁴⁸ deja

²⁴⁶ Al respecto *supra* Cap. Primero, apdo. I.2.

²⁴⁷ Para una separación entre ambos extremos conviene operar con arreglo a una noción estricta de función, como rasgo asociado a la tarea que *efectivamente* despliega cierto instituto, y que permite distinguirla, por un lado, de otras tareas que cumple solo de manera contingente (efectos que se esperan de ella), como también del sentido (esto es, la razón de ser) de dicha categoría. Al respecto, véanse las disquisiciones conceptuales de GUZMÁN DALBORA, «Sentido de la pena y reparación», *RDPC*, 18 (2017), pp. 190 y ss.

²⁴⁸ Trasladan estas reflexiones al ámbito de la autoría, por ejemplo, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 129, nota 62; y SÁNCHEZ LÁZARO, «¿Qué es la autoría?», *RP*, 20 (2007), p. 177.

oculto el hecho de que la razón por la cual un comportamiento es típico —a saber, por instanciar la clase de acción especificada en una descripción típica— no incluye la razón o las razones de por qué ese comportamiento tendría que resultar imputable a un sujeto. Desde ya, una forma de mostrar que el tipo no puede incluir esta última clase de razones se obtiene por referencia a la derrotabilidad que caracteriza a los juicios adscriptivos de acciones²⁴⁹; pues, bajo la comprensión de un “tipo adscriptivo”, la exclusión de la imputación de cierto hecho a un sujeto tendría que incluir, de manera consecuente, la negación de la “parte descriptiva” de ese juicio (en rigor, de ese enunciado), así unificado. Es decir, si una oración de la clase “A hizo x” incluyera en su significado “x resulta imputable a A”, entonces el enunciado “x no resulta imputable a A”, tendría que incluir el de “A no hizo x”. Sin embargo, los juicios de responsabilidad jurídico-penal no se articulan con arreglo a una relación de implicación extensiva entre la afirmación de antinormatividad y la aplicación de las categorías de los niveles de imputación, dado que las condiciones de satisfacción de cada operación no son las mismas (la primera mira al hecho; las segundas, al sujeto). Justamente que ejemplos como el indicado no necesitan ser el caso, confirma que las operaciones involucradas son lógicamente distintas, incluso cuando asiste la impresión —sobre todo en la autoría directa— de estar pragmáticamente imbricadas hasta el punto de una aparente unificación conceptual. Las observaciones recién efectuadas tienen por objeto evitar, como ha puesto de relieve Contesse²⁵⁰, que se incurra en lo que Searle ha llamado “falacia del acto de habla”, y que cabría sintetizar como sigue: que un enunciado *E* sea utilizado generalmente para realizar el tipo de acto de habla *A*, no implica que su significado quede exclusivamente determinado con base en ese uso general, en la medida en que existan contra-ejemplos en que claramente *E* no lleva aparejado *A*²⁵¹. Tal déficit imposibilitaría la distinción entre los planos semánticos y pragmáticos, lo cual significa: no siempre que describimos algo es para adscribirlo, y, sobre todo, no siempre que describimos algo, *a la vez*, lo estamos adscribiendo. Luego, la adscripción de una acción (sea principal o auxiliar) no puede estar contenida ya en el enunciado que describe su realización, por cuanto esta última es independiente de la fuerza pragmática que pueda revestir el acto del habla por medio del cual ella se afirma²⁵².

²⁴⁹ Fundamental al respecto HART, «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1948-1949), pp. 176 y s., en un trabajo en el que, sin embargo, defiende el carácter necesariamente adscriptivo de todo enunciado relativo a una acción, y del que más tarde tomaría distancia.

²⁵⁰ CONTESSE SINGH, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas Penales*, 2017, pp. 34 y ss. Sobre la tesis hartiana del adscriptivismo como instancia de dicha falacia, véase también MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, 35 (2012), pp. 667 y ss.

²⁵¹ SEARLE, *Speech Acts*, 1969, pp. 136 y ss., utiliza como ejemplo la oración “esto es bueno”, que generalmente cuenta como realización del acto de recomendar algo, siendo, sin embargo, concebible un sinnúmero de contra-ejemplos en los que dicho enunciado no realiza el acto de recomendar.

²⁵² Cfr. NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 18: “el hecho de que se justifique la adscripción de responsabilidad sobre la base de un juicio que da cuenta de una acción del individuo hace suponer que ambos enunciados no son equivalentes”.

Con arreglo a todo lo anterior, puede sostenerse que, en tanto que reglas de imputación, los conceptos de autor, coautor, autor mediato, así como también las modalidades de intervención accesoria, son conceptos constitutivos, pero a la vez generales. Son constitutivos en cuanto especifican las condiciones bajo las cuales puede operar la forma de imputación que a través suyo se reconoce. Su generalidad, desde luego, no se opone al hecho de que, según el tipo de delito al que se apliquen tales estructuras de imputación, la acción concreta que tales sujetos tendrían que haber omitido o ejecutado será distinta. Pero eso no significa en modo alguno que no pueda existir, por ejemplo, un concepto general de coautoría, que establezca los presupuestos generales de cuya satisfacción depende que una instancia de realización típica sea atribuible, bajo esa estructura de imputación, al comportamiento conjunto ejecutado por dos o más sujetos.

2.3. Las formas de autoría como estructuras agenciales

2.3.1. Autoría, acción e imputación: aspectos generales

Según la tesis que se sostendrá en esta investigación, por autoría (en sus distintas modalidades) cabe entender la operación consistente en *imputar un hecho a título propio a uno o varios sujetos*. Para los efectos introductorios que aquí interesan, el análisis se limitará únicamente a esbozar el vínculo entre los conceptos de acción, imputación y autoría, a identificar cuál es el hecho que resulta imputable a título propio, y, por último, a anticipar en qué razones podría descansar dicha clase de imputación.

Que en el marco de la construcción de la teoría jurídica del delito los conceptos de acción, autoría e imputación aparezcan como categorías complementarias no es ninguna novedad, dado que tampoco lo es la distinción entre hecho (como mero comportamiento humano) y acción²⁵³. Por el contrario, una conexión lo suficientemente íntima entre ellos puede rastrearse a investigaciones del siglo XIX llevadas adelante por célebres penalistas de formación hegeliana²⁵⁴. En lo fundamental, la relación entre esa tríada de conceptos hubo de traducirse en que la distinción —en términos de la teoría hegeliana de la acción— entre

²⁵³ De hecho, como apunta GÓMEZ MARTÍN, «Concepto de acción y función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 596, podría afirmarse que, en gran medida, la evolución histórica y dogmática del concepto de acción ha sido altamente representativa de la propia evolución de la teoría del delito.

²⁵⁴ Una formulación sintética, pero suficientemente ilustrativa de la distinción entre acción y hecho se encuentra en HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (ed. Valls Planas), 2005, § 504, del que se extrae que un hecho solo es reconocido (e imputable) como *acción* de un sujeto en cuanto sea el producto del ejercicio de sus derechos del saber y de la intención. Bajo una terminología exactamente inversa, la distinción también es efectuada por KANT, *La metafísica de las costumbres* (trad. Cortina Orts/Conill Sancho), 4ª ed., 2005, Primera Parte. Introducción a la Metafísica de las Costumbres, IV/227, señalando que el establecimiento de un *hecho* constituye un juicio de imputación por medio del cual alguien es considerado como *causa libera* de una acción.

un hecho y una acción constituye una condición necesaria para que se establezca —vía imputación— un vínculo entre ella y un sujeto *en tanto que* agente (o artífice) suyo. Como se aprecia, bajo tales términos, las nociones de acción e imputación se co-pertencen, pues la primera se exhibiría siempre como el producto de una imputación; todavía más, en sentido estricto, la idea de “imputar una acción” tendría que resultar pleonástica, en la medida en que la imputación no sería algo externo que añadir junto a la acción, sino que ya estaría contenida en ella²⁵⁵. Como consecuencia de lo anterior, a la noción de autoría solía asociarse como presupuesto que el hecho —en tanto que acción— procediera de la voluntad libre del sujeto²⁵⁶. Para el ámbito de la autoría, de este hallazgo continuaron haciéndose eco algunos trabajos durante el siglo XX²⁵⁷.

En la dogmática contemporánea de la intervención delictiva, la exigencia recién apuntada se ha vuelto explícita a partir de planteamientos que, desde distintos puntos de vista, convergen a la hora de caracterizar al autor como aquel a quien el hecho se imputa como propio²⁵⁸. Ahora bien, a esta hipótesis, cuyo valor inicial es fundamentalmente analítico,

²⁵⁵ RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (trad. Guzmán Dalbora) (1904) 2011, p. 118. Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *ADPCP* (2000), p. 184, desde este punto de vista, la noción de acción se vincula específicamente con un “hecho responsable o subjetivamente imputable”.

²⁵⁶ Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, pp. 450 y ss., desarrollando explícitamente la conexión categorial entre imputación y autoría (*Urheberschaft*), de la que se sigue la subordinación de esta última al concepto de acción (*Handlung*), excluyente de un mero hecho (*Tun*). Ahora bien, cabe tener en cuenta que el concepto de acción de inspiración hegeliana se edifica sobre la idea de libertad. Esto explica que viejos y nuevos aportes que retoman el concepto de acción de cuño hegeliano acaben patrocinando una noción de acción culpable. Sobre la necesidad de distinguir entre capacidad de agencia y agencia libre, de la cual solo la primera sería condición necesaria para la autoría, *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.1. Para una revisión de la relación entre los conceptos de autoría y acción en Köstlin, véase MAIWALD, *FS-Bockelmann*, p. 356, registrando también su nexo con la culpabilidad; y PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 195 y ss., quien documenta, además, cómo es que el diverso relieve asignado a la voluntad, como integrante de la acción, derivaría, sin embargo, en concepciones tendencialmente subjetivistas de autoría.

²⁵⁷ Un ejemplo nítido de las implicaciones de la relación entre estas categorías puede encontrarse ya en NAGLER, *Die Teilnahme*, pp. 39 y ss., quien, bajo la impronta hegeliana de la distinción, llegara a concluir que en el lenguaje jurídico solo el concepto de acción —que no el de hecho— se aviene con la noción de autor. Más adelante, ya no sobre la base del concepto de acción, pero sí del de imputación, MAIWALD, *FS-Bockelmann*, p. 354, sugiere concebir las formas de participación (en sentido amplio) como categorías que expresan las posibilidades de la responsabilidad por el injusto típico, es decir, como formas de imputación. Este planteamiento luego fue desarrollado por BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, *passim*, especialmente pp. 252 y ss., 293 y ss., quien —como lo enuncia el título de su monografía— desarrolla un análisis de las formas de intervención como “tipos” de imputación, de lo que cabe resaltar la convergencia de los comportamientos del autor y del partícipe en un mismo injusto típico.

²⁵⁸ Fundamental, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pp. 250 y s., 293 y ss.; EL MISMO, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA* (1996), pp. 424 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 85; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, pp. 179, 382 y s.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 134 y ss. Véase al respecto, HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, pp. 13 y ss. En una línea próxima, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 64 y ss.; EL MISMO, *Matt/Renzikowski-StGB*, Vor §§ 25 ff./14 y ss. Para una versión del dominio del hecho que desarrolla las formas de autoría como formas de imputación de un suceso como acción típica, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/1 y 6. Destaca la utilidad del concepto de imputación como vía de establecer una relación entre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con el autor, MIR PUIG, *RECPC*, 5 (2003), p. 10.

conviene introducir la siguiente precisión: la “propiedad” de ese hecho no descansa en la condición de autor del sujeto que lo realiza —ello constituiría una *petitio principii*—, sino en las razones que permiten que ese hecho sea susceptible de imputar bajo dicha forma, y que determinan que ese sujeto, en consecuencia, pueda *contar como* autor suyo²⁵⁹. De esta forma, así como, según se enunció, a la noción de acción resulta inherente una operación adscriptiva, también la noción de autor resulta inseparable de una (determinada forma de) imputación por medio de la cual esta condición se afirma respecto de un sujeto²⁶⁰. Lo anterior, sin embargo, no debe conducir a suponer que los conceptos de acción y de imputación únicamente se encuentran vinculados con el de autor; al contrario, tratándose de un sujeto a quien se atribuye la condición de partícipe en un hecho delictivo, también será necesario el reconocimiento de alguna relación agencial —es decir, que se le atribuya la propiedad de alguna acción—, aunque, desde luego, ella no se predicará con respecto al comportamiento que ejemplifica la clase de acción prohibida o requerida en el tipo —pues entonces “el hecho” le sería imputable a título propio—, sino con respecto a una acción de carácter auxiliar²⁶¹.

De lo anterior se sigue la necesidad de identificar con mayor precisión cuál es el hecho cuya imputación a título propio fundamenta para un sujeto su condición de autor. La distinción entre acciones principales y acciones auxiliares puede desempeñar esa función²⁶². Las primeras son acciones que, por sí mismas o sin necesidad de complemento, están en condiciones de satisfacer la descripción de la clase de acción especificada en un tipo delictivo. El hecho de que esta distinción sea siempre relativa a una descripción (en este caso, descripciones típicas) determina que el parámetro de autosuficiencia no sea de corte causal, sino semántico²⁶³. Así, tratándose de delitos puros

²⁵⁹ La expresión “contar como” tiene por objeto explicitar que, según la comprensión aquí patrocinada, el juicio de imputación por medio del cual se atribuye un comportamiento como acción a un sujeto tiene carácter *constitutivo*; ello contrasta con la asunción de un compromiso *ontológico* cuyo resultado sería la constatación de que cierto evento *es* una acción.

²⁶⁰ A esto MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), pp. 33 y s., denomina un “concepto amplio de acción”, esto es, como hecho subjetivamente imputable a su autor. En este sentido, la noción de imputación resulta ser co-constitutiva, pues “[l]a imputación refleja la vinculación de la persona con el hecho, que así se convierte en su acción”.

²⁶¹ De ahí que la noción general de agente y el concepto jurídico-penal de autor no sean coextensivos: este último es un agente a quien se atribuye como propio un hecho con propiedades específicas.

²⁶² Para esto y lo que sigue, fundamental, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 71 y ss. En el marco de la teoría de la acción, BRENNENSTUHL, «Ziele der Handlungslogik», en LENK, (ed.), *Handlungstheorien interdisziplinär I*, 1980, p. 60, designa como auxiliar aquella acción que se ejecuta para producir la situación en la cual es posible la ejecución de una acción distinta. Nótese que, así concebida, la primera exhibe la propiedad de ser auxiliar *para* esa segunda acción. De esto último, KINDHÄUSER, *FS-Otto*, p. 361, desprende que solo puede ser objeto de una prestación de ayuda aquello que es necesario para quien ejecuta la respectiva acción principal. Para esta distinción, véase igualmente VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74.

²⁶³ Por esta misma razón, dado que el criterio manejado en este contexto es semántico, puede hablarse de “acciones principales” y “acciones auxiliares”, para identificar en las primeras una instancia de la clase de acción prohibida o requerida por la norma cuyo quebrantamiento podría imputarse a título propio a uno o más potenciales autores, sin que al utilizarse la noción de “acción” se esté asumiendo un compromiso con respecto a la evitabilidad de ese comportamiento. En *este* sentido, un comportamiento cuenta como

de resultado, que una acción revista relevancia causal para la producción de cierto evento, no implica que, por esa razón, tenga que ser principal, pues ello dependerá de si resulta o no subsumible en el respectivo tipo de acción²⁶⁴.

Pero aquí se vuelve fundamental reparar en lo siguiente: la identificación de una acción principal, por referencia a una determinada descripción típica, solo informa qué es aquello que al imputarse a título propio a un sujeto determina su condición de autor; en cambio, el hecho de haber realizado una acción de esa clase no fundamenta ni excluye — conclusión a la que arribaría una teoría objetivo-formal estándar— una relación de autoría. Por de pronto, es factible que un sujeto que realiza un comportamiento que, aisladamente considerado, solo sería auxiliar bajo la descripción típica, llegue a constituir la *base* para una imputación de ese hecho a título propio. A la inversa, quien realiza una acción principal no siempre es autor —*v. gr.*, quien obra como instrumento de otro—, y, más importante aun, de llegar a serlo, no lo será por esa razón.

Como ya se anticipó, para esto último es necesario que asista algún fundamento que permita vincular agencialmente ese hecho con el potencial autor. Por esto, que las formas de autoría constituyan criterios de imputación de un hecho a título propio equivale a decir que esa clase de imputación se encuentra *mediada* por la aplicación de alguna de las distintas modalidades de autoría, las cuales, para estos efectos, representan “esquemas de adscripción de agencia”²⁶⁵. Esto último también rige para la autoría directa, pues, aunque en muchos casos parezca que ella nada agrega a la constatación de que el hecho ha sido realizado por un determinado sujeto, esa obviedad desaparece tan pronto sean varios los sujetos involucrados en el quebrantamiento de una misma norma. Por otro lado, nótese que las tres formas tradicionales de autoría representan esquemas diferenciados entre sí, y no meras especificaciones de un mismo criterio de autoría, dado que cada una vincula al hecho y al o los potenciales autores a partir de estructuras agenciales que se construyen de manera diversa. Según se verá, en la autoría mediata se “traslada” la relación agencial de la acción principal a un sujeto que *prima facie* solo realiza una acción auxiliar. Por su parte, dado que en la coautoría la acción principal está constituida por un comportamiento conjunto, la circunstancia de que, individualmente consideradas, algunas contribuciones puedan llegar a exhibir un carácter nada más que auxiliar no es decisivamente relevante para la condición de coautor. En cada caso, lo determinante será definir si, con relación a

“acción” principal, tanto si su realización era o no evitable. Asunto distinto es que la falta de evitabilidad impida reconocer una relación agencial entre el sujeto y ese hecho que cuenta como acción principal, y que, por ende, el primero no pueda llegar a ser caracterizado como autor. De manera más detenida al respecto, *infra* Cap. Cuarto, apdo. II.2.

²⁶⁴ En contraste, como señala MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 75, una acción auxiliar es una acción que, bajo la correspondiente descripción, necesita de complemento.

²⁶⁵ En esa dirección, la línea de análisis propuesta por MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 76 y ss., seguida de cerca en esta investigación.

la acción principal, se configuran los presupuestos necesarios para fundamentar una instancia de agencia mediada o compartida, respectivamente.

Esta última precisión adquiere relevancia a la luz de la ya mencionada caracterización de la autoría en tanto que imputación de un hecho *como propio*, y que, sin embargo, resulta potencialmente equívoca. Pues, a propósito de la autoría mediata y la coautoría, genera la impresión de que, en contraste con la autoría directa, se estaría imputando *como si* fuese propio un hecho que realmente no lo es; es decir, que la autoría mediata y la coautoría se edificarían sobre la base de una ficción o, en cualquier caso, en una excepción legalmente reconocida al principio de autorresponsabilidad²⁶⁶. En cambio, como a continuación se examinará, la diferencia entre la autoría directa, por un lado, y la coautoría y la autoría mediata, por el otro, no reside en que estas dos últimas se construyan con arreglo a la imputación de hechos ajenos²⁶⁷, sino más bien en que, en ambos casos, el comportamiento individual de un sujeto es susceptible de ser sometido a redescpciones en función de una particular forma de relacionarse con el comportamiento de otro u otros. En tal sentido, ciertamente puede afirmarse que la autoría mediata y la coautoría suponen la introducción de fundamentos jurídicos adicionales —a los que rigen por defecto— para imputar un hecho a título propio a uno o más sujetos, pero esa posibilidad —en la medida en que exista alguna *otra* relación agencial que sirva de apoyo— no encierra ninguna anomalía.

2.3.2. La autoría directa como estructura básica para la imputación de un hecho a título propio

La autoría directa consiste en la estructura más básica y elemental a partir de la cual un hecho puede imputarse a título propio a un sujeto. En lo que sigue, un esbozo de los términos bajo los cuales la autoría directa constituye la estructura más básica con respecto a los demás criterios de autoría, así como, por el contrario, en qué otro sentido no lo es.

En cuanto a su fundamento, la imputación de un hecho a cierto sujeto, a título propio, bajo la condición de autor directo, por de pronto, descansa *simplemente* en que lo ha realizado de manera directa e inmediata. Tal forma de realizar un hecho suele ser

²⁶⁶ Así, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 64 y ss., 80 y ss., 112 y ss.; EL MISMO, *Matt/Renzikowski-StGB*, § 25/2, 5 y 60, para quien, en la autoría directa, el comportamiento del autor representa ya *de facto* una perturbación en la esfera de derechos de otro. En la autoría mediata, en cambio, al “sujeto de atrás”, cuya acción no realiza el tipo, se le imputa extraordinariamente el comportamiento del sujeto de delante, como si él mismo lo hubiese ejecutado. En la coautoría, en virtud de la existencia de un mandato recíproco, a cada coautor se imputa extraordinariamente como propio el comportamiento de otro. De este modo, según Haas, tanto la coautoría como la autoría mediata representarían ficciones jurídicas, que permiten imputar comportamientos *de facto* ajenos, pero *de iure* propios.

²⁶⁷ Así, sin embargo, BLOY, *GA* (1996), pp. 425 y ss., 437 y ss.; EL MISMO, *ZStW*, 117 (2005), pp. 17 y s. Véase también OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, pp. 387 y ss.

designada también como realización de propia mano, la cual, entendida en sentido amplio, no solo comprende lo ejecutado directamente por un sujeto, sino también aquello cuya producción ha condicionado, por ejemplo, sirviéndose de medios de la naturaleza, del empleo de la técnica, o incluso de otro sujeto no actuante (es decir, reducido a la condición de objeto)²⁶⁸. El aspecto relevante consiste en la clase de relación agencial subyacente entre el autor directo y el comportamiento que es objeto de imputación, a saber: una agencia inmediata, que no se complementa ni está mediada por la *acción* de otro sujeto.

Pero es igualmente importante advertir, especialmente a propósito de los delitos puros de resultado, que el concepto “hecho” no es equivalente al resultado cuyas acciones productivas aparecen prohibidas en tales tipos delictivos. Más bien, como ya se anticipó, “hecho” cuenta aquí como el quebrantamiento de la respectiva norma de comportamiento, que es aquello que de manera directa e inmediata resulta imputable a ese sujeto. Por esta razón, en supuestos de “autoría paralela”, a dos o más sujetos, cuyos respectivos comportamientos convergen en la producción de un mismo resultado, podría imputarse a cada cual un hecho (como quebrantamiento de la respectiva norma primaria), bajo el régimen de una autoría directa, en la medida en que, individualmente, y en forma directa e inmediata, se hubiesen vinculado agencialmente con él. Por otro lado, y aunque no se trate de un aspecto adscriptivo, sino concerniente ya a las condiciones de las cuales depende el carácter antinormativo de un comportamiento, metodológicamente, también conviene tener presente que la identificación de ese “hecho”, como algo eventualmente susceptible de imputar a título propio a un sujeto, presupone que este último se encuentre en una posición tal de poder quebrantar la respectiva norma de comportamiento. Esta observación adquiere relevancia a propósito de tipos delictivos cuyos verbos rectores, *prima facie*, podrían incluir más instancias de acciones de las que luego cabría atribuir a título propio a un sujeto. Por ejemplo, acciones como “transportar”, “construir”, “vender”, “comercializar”, “fabricar”, etc., auténticos elementos normativos, que ya sugieren que el destinatario de la norma, evidentemente, no es aquel que de manera contingente aparece realizando un comportamiento aparentemente subsumible en el tipo²⁶⁹. Otro ejemplo: el subordinado que presenta ante la Administración la documentación falsa con la que los socios de una empresa obtienen una subvención pública. Por el contrario, en ejemplos como esos, la norma fundamenta un deber para aquel que se encuentra en posición de lesionar el bien jurídico en cuestión. Aunque no *de iure*, ciertos delitos pueden acabar operando *de facto* como si fuesen especiales, en la medida en que la *clase de acción*

²⁶⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), p. 913; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, pp. 383 y ss.; SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/64 y ss.

²⁶⁹ En ese sentido, POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata», en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, Vol. 1, pp. 1251 y ss. Nótese, sin embargo, que Politoff se refería, esencialmente, a una noción de “autor funcional” que lo llevó a desarrollar una construcción poco distanciada de la de un “autor detrás del autor”.

descrita en el tipo —y no solo la instancia de acción que la ejemplifica— únicamente sea susceptible de ser realizada por sujetos que disponen de determinadas capacidades o medios, aun cuando el tipo expresamente no especifique tales calidades especiales²⁷⁰.

Ahora bien, obsérvese que, a diferencia de una teoría objetivo-formal al uso, para la cual la condición de autor directo de un sujeto es una *implicación* del carácter típico de su comportamiento, según el planteamiento que aquí se defiende, a quien realiza directa e inmediatamente el hecho *puede* imputarse este a título propio, porque esa forma de actuación ya es suficientemente *indiciaria* de una relación agencial, para cuya fundamentación no se requieren razones adicionales. Con otras palabras, que la autoría directa sea el criterio básico de autoría descansa en que, independientemente del carácter típico o no que pueda exhibir un determinado comportamiento, su realización de propia mano es generalmente —aunque de manera derrotable— expresiva de una relación de pertenencia. La precisión anterior es relevante no solo de cara a mantener el anclaje agencial de la autoría directa, sino también para neutralizar la objeción de que, bajo los términos aquí defendidos, esta forma de autoría podría reducirse a la mera causación con el propio cuerpo²⁷¹. Pues no se trata de fundar agencia por la causación de un hecho, sino averiguar si la causación de un hecho es producto de un ejercicio previo de agencia. Precisamente en este dato reside el núcleo más elocuente de la fórmula “dominio de la acción”²⁷², pues la imputación de un hecho a título propio, aunque sea bajo la modalidad más elemental y autosuficiente de autoría, necesita asegurar una conexión agencial entre el sujeto y el *hecho*, que se imputa así *qua acción*²⁷³. Quien realiza directa e inmediatamente un hecho, a la vez, controla el “si” y el “cómo” del mismo. Pero, desde luego, si este último no es el caso, como se ha insistido, lo que decae es la relación de agencia —y, con ella, la autoría—, no el hecho.

²⁷⁰ Pormenorizadamente respecto de este criterio material, véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 29, 32 y s., aplicado, además, a la controversia sobre el carácter especial que revestirían o no los delitos de publicidad falsa, el delito ecológico y el delito urbanístico, entre otros.

²⁷¹ Crítica y detalladamente sobre dicha orientación, VAN WEEZEL, *RCDCP*, 1 (2012), pp. 146 y ss.

²⁷² Especialmente en la versión patrocinada por SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/49 y ss., quien, en lugar de tematizar las modalidades de autoría como formas de realización del tipo, discurre en torno de formas de “acciones típicas”, lo que lo conduce a sostener que, también tratándose de la autoría directa, no se trata de la mera realización de propia mano del hecho, sino de la aplicación de un “programa de acción”.

²⁷³ Con todo, la fórmula “dominio de la acción”, a la vez que relaciona, disocia dos aspectos inherentemente vinculados: que un hecho pueda imputarse *qua acción* presupone que el sujeto en cuestión cuenta como agente *porque* dispone de las capacidades físicas y epistémicas que le suministran cierto control al respecto. En ese sentido, no es que un sujeto ejecute un comportamiento interpretable como acción, y que, *además*, ese sujeto la “domine”. Por otro lado, nótese que hablar de control es menos exigente que hablar de dominio. Mientras el control basta para que un comportamiento se caracterice como evitable, el dominio va más allá, pues sugiere la idea de un mundo condicionado por el agente. En una dirección similar, véase DUFF, *Answering for Crime*, p. 57, quien puntualiza que el control es (al menos en parte) una pregunta sobre hasta qué punto el mundo (configurado) responde a lo realizado por el sujeto y a su capacidad de agencia. Aunque en un contexto más amplio, relativo al concepto de acción, también MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), p. 98, se refiere a la idea de “control de la realidad *a través* del control sobre el propio cuerpo”. (Cursiva añadida).

Este esbozo de la autoría directa, cuya relación agencial de base puede así identificarse, por defecto, a partir de la comprobación de que ningún otro sujeto, además de quien realiza directa e inmediatamente el hecho, viene en consideración como potencial candidato para su imputación, está íntimamente ligada al contenido del principio de responsabilidad por el propio hecho. En efecto, la preocupación que subyace a dicho principio también revela un carácter “negativo”, en términos de que su contenido esencial no descansa en que uno deba responder por sus propias acciones —ello, de manera parecida a la autoría directa, puede tenerse como algo no necesitado de explicación—, sino en que se responde *exclusivamente* en virtud de esa clase de hechos, con lo cual, entonces, se busca generar un efecto aislante y excluyente respecto de lo realizado por otros. Puesto que el comportamiento que se imputa a título propio al autor directo se origina y permanece en su persona²⁷⁴, aunque parezca trivial, por evidente, no entra (ni podría entrar) en conflicto con el principio de responsabilidad por el propio hecho²⁷⁵.

En consecuencia, la autoría directa es el criterio de imputación más básico, ya que, a diferencia de la autoría mediata y de las modalidades de intervención delictiva, no requiere de la introducción de otros mecanismos agenciales, que únicamente se explican y fundamentan en contextos de pluralidad de sujetos. En ese sentido, puede decirse también que, a propósito del autor directo, rigen por defecto los demás criterios de imputación de los cuales depende el surgimiento de la responsabilidad jurídico-penal²⁷⁶. Pero de lo anterior, en cambio, no cabe extraer que la autoría directa constituya un esquema que gobierne o condicione a las demás formas de autoría, ni que estas sean una extensión de la primera. Formulado de otro modo: que la autoría directa, efectivamente, represente el arquetipo entre los tres criterios de autoría más extendidos, empero, no implica que sea el prototipo entre estos criterios²⁷⁷. Como habrá podido advertirse, la

²⁷⁴ Cfr. BLOY, *ZStW*, 117 (2005), pp. 17 y s.

²⁷⁵ Con ello, en la estructura de la autoría directa coinciden dos nociones de responsabilidad que, en general, no necesariamente tienen que coincidir: a saber, una noción de responsabilidad entendida como conexión genética con el hecho y otra que la discierne en tanto que juicio de atribución de las consecuencias jurídicas derivadas del mismo. Para la diferencia entre el potencial explicativo y fundamentador de la noción de responsabilidad, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *ADPCP* (2000), pp. 172 y ss., puntualizando, además, que dicha coincidencia solamente es contingente, y no opera ni como condición suficiente ni necesaria para ser hecho responsable por algo. Por otro lado, sobre la ambigüedad de la expresión “ser responsable de algo”, forma en que cotidianamente se *describe* como “responsable” de un suceso a alguien *porque* lo ha causado, pero que no se corresponde con el sentido bajo el cual suele *atribuirse* responsabilidad por un suceso, véanse las observaciones HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008 (1970), p. 214.

²⁷⁶ Así, MAÑALICH, «La estructura de la autoría mediata», *RDPUVCV*, 34 (2010), p. 390, quien hace residir en ello el “derecho primogénito” de la autoría directa en tanto esquema de imputación. Cfr. EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, p. 77, añadiendo como peculiaridad el que sus presupuestos se identifican sin más con las condiciones de imputación por defecto.

²⁷⁷ En este sentido, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, pp. 373 y s., pero descartando el carácter prototípico sobre la base de una idea que aquí se resiste: la de que no existe ninguna diferencia estructural entre la planificación referida al propio cuerpo o a la naturaleza como instrumentos y la instrumentalización de una actividad humana. Por otro lado, véase también WALTHER,

autoría directa es el criterio más básico de autoría, porque el solo comportamiento del sujeto a quien se asignará la condición de autor directo es agencialmente autosuficiente, mas no es básico en el estricto sentido de que constituya un criterio base, sobre cuya estructura y elementos tendrían que construirse los demás.

2.3.3. La autoría mediata como imputación a título propio de un hecho (*prima facie*) perteneciente a otro

El segundo criterio de autoría individual es la autoría mediata. Como cualquier criterio de imputación, reconoce en el comportamiento que realiza un tipo delictivo, o que cuenta como tentativa de delito, su objeto de imputación. Sin embargo, según ya se anticipó, la autoría mediata se distingue por que —a diferencia del autor directo y de los coautores, y, más bien, de manera similar a un partícipe— el “sujeto de atrás” realiza un comportamiento que, desde el punto de vista de la descripción típica, representa una acción auxiliar. Una acción de esta última clase es su base de imputación. La forma en que dicha base se comunica con el comportamiento que será objeto de una eventual imputación, cuya ejecución aquí se encuentra a cargo de otro sujeto, llamado instrumento, da cuenta de una estructura peculiar, gobernada por la singular función que cumple: fundamentar el traslado de una relación agencial. Así pues, ya a partir de la autoría mediata se torna necesario articular mecanismos que permitan *imputar* un hecho a título propio, bajo condiciones en las que no es auto-evidente (como en la autoría directa) que ese hecho pertenezca a cierto sujeto.

Como es ampliamente sabido, desde un plano estructural, la autoría mediata está constituida por dos comportamientos: uno a cargo del “sujeto de atrás”, potencial autor mediato, quien provoca o se aprovecha de un déficit de competencia en otro, caracterizado como el “sujeto de delante”, potencial instrumento, quien, bajo tales condiciones deficitarias, realiza un comportamiento que es susceptible de imputar al primero de ellos. En consecuencia, se requiere un “sujeto de atrás”, quien, como suele decirse, “suelte de la mano el proceso”²⁷⁸, cuya ejecución queda a cargo de otro. Que este último, en efecto, tenga que ser un sujeto actuante, a pesar de padecer un déficit de competencia, es un presupuesto para que no venga en consideración una autoría directa, pues, de lo contrario, la relación agencial ya no estaría “*mediada*” por la *acción* de otro.

Eigenverantwortlichkeit, p. 120, refiriéndose al “significado normativo de la ejecución de propia mano de una acción como 'prototipo' de competencia por las consecuencias”.

²⁷⁸ HRUSCHKA, «*Actio libera in causa* y autoría mediata» (trad. Joshi Jubert, Bolea Bardon), en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, p. 210. De ello se sigue que la autoría mediata, por su propia estructura, supone imputar al autor mediato lo realizado por el instrumento. En cambio, en casos de *vis absoluta* el hecho se imputa sin más al sujeto de atrás (el único actuante), pues el comportamiento del sujeto de delante equivale a un evento de la naturaleza, que hace innecesario recurrir a criterios *agenciales* alternativos.

Nótese que la acción potencialmente instrumentalizadora constituye la base por la cual un comportamiento antinormativo podría imputarse al “sujeto de atrás”, pero no es necesario que, por sí misma, esa acción auxiliar haya puesto en riesgo un bien jurídico; esto último podría ocurrir —y de manera contingente— si la acción del “sujeto de atrás” surte un efecto instrumentalizador en otro, quien llega a dar comienzo a la ejecución del hecho. Por lo recién señalado, porque el instrumento es un sujeto actuante, y porque, en definitiva, siempre es recomendable iniciar el análisis desde el comportamiento de cuya eventual imputación se trata, la autoría mediata supone la doble imputación de un comportamiento: primero, una “adscripción provisional” al “sujeto de delante”²⁷⁹, y luego, una vez constatado un déficit de competencia en este último —ya sea porque, desde su perspectiva, el hecho no es ilícito, ya sea por encontrarse privado de la capacidad de evitación o motivación necesarias para que el hecho le sea imputable—, una adscripción del comportamiento realizado por el ahora instrumento, “vía transferencia”, al “sujeto de atrás”. Ello procede cuando este último ha provocado un déficit previamente inexistente en la persona del instrumento, quien bajo tales condiciones realiza el comportamiento típico; cuando el “sujeto de atrás” organiza una conexión situacional entre un déficit previamente existente en el instrumento y la respectiva realización típica; o cuando, debiendo impedir que el instrumento (generalmente víctima) realice un determinado comportamiento, no lo hace²⁸⁰. La razón por la cual pueden ponerse en contacto los comportamientos de uno y otro sujeto descansa en que la (potencial o efectiva) instancia de realización típica no es el resultado de un ejercicio agencial por parte del “sujeto de delante”, sea porque haya actuado en desconocimiento de ciertas circunstancias fácticas relevantes, y, por ende, de manera inevitable (en cuyo caso, al menos bajo la descripción típica, habrá un *déficit de agencia*); sea porque dicha relación agencial no ha sido establecida bajo condiciones que asegurasen una apropiada capacidad motivacional en el “sujeto de delante” (en cuyo caso habrá una *agencia motivacionalmente deficitaria*). Por otro lado, es igualmente factible que el déficit de competencia en el “sujeto de delante” no resida en alguno de los presupuestos de los cuales depende la imputabilidad de su comportamiento, sino en su falta de antinormatividad, como sucede de modo paradigmático en casos de autolesión del instrumento, pero también en los que opera una causa de justificación, en la medida en que tales circunstancias hayan sido dispuestas por el “sujeto de atrás”²⁸¹.

²⁷⁹ Sobre la provisionalidad de dicha adscripción, MAÑALICH, *RDPUCV*, 34 (2010), p. 394.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 396; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 21/69 y ss.

²⁸¹ Con detalle al respecto, MAÑALICH, *RDPUCV*, 34 (2010), pp. 404 y ss., quien, además, incluye dentro de este grupo los casos de autoría mediata por actuación de un “instrumento doloso no cualificado”.

Así las cosas, este grupo de casos difiere de una situación fundante de inducción, ya que la razón para la acción que un (potencial) inductor suministra a un (potencial) inducido presupone que este último pueda *sopesar* tales razones. La “intromisión en la autonomía” del inducido que comporta la inducción²⁸², por así decirlo, es una intromisión consentida, que precisamente por esto no anula, sino que requiere la autonomía del inducido, que necesitará ser reconocible tanto antes del mensaje directivo emitido por el inductor, así como también en forma posterior, de modo tal que, si es necesario, el inducido pueda volver a calibrarlo. Lo anterior permite delinear una diferencia cualitativa entre la clase de comportamientos que figuran, respectivamente, como bases para la imputación de una autoría mediata y de una inducción²⁸³.

Respecto de la doble imputación reseñada conviene efectuar dos precisiones. En primer lugar, aquello que se traslada al autor mediato no es *per se* la realización del tipo, sino la actuación desplegada por el instrumento, esto es, un comportamiento que bajo esa descripción es usual, pero solo contingentemente típico; de lo contrario, sería difícilmente plausible imputar a título de autoría mediata supuestos de autolesión de un instrumento. En segundo lugar, la existencia de dos comportamientos distintos, siendo el último de ellos deficitario, y dicho déficit, atribuible a la primera actuación, podría sugerir un parecido estructural con la *actio libera in causa*²⁸⁴. La diferencia crucial, sin embargo, reside en que la *alic* designa una estructura en donde la responsabilidad —para continuar con el símil— por lo realizado por el “sujeto de delante” siempre es extraordinaria, mientras que, en la autoría mediata, ese hecho perfectamente puede imputarse de manera ordinaria al “sujeto de atrás”²⁸⁵. Puesto en términos más generales: la responsabilidad del autor mediato, a quien se imputa el hecho a título doloso, no se ve disminuida, sino precisamente fundada en el déficit de responsabilidad que padece el “sujeto de delante”, como instrumento suyo. Es decir, el autor mediato, a quien se imputa ordinariamente lo realizado por el instrumento, no es responsable “a pesar de ese déficit” —como quien responde bajo la estructura de una *alic*—, sino precisamente “a causa de ese déficit”. De

²⁸² Cfr. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 84 y s., quien tematiza dicha intromisión en la autonomía de otro a propósito de la autoría mediata. Con todo, al discurrir en torno de una “injerencia antijurídica en la libertad decisoria del instrumento”, la formulación de Haas es potencialmente equívoca, pues podría conducir a suponer que ya la sola intervención en la esfera de autonomía del “sujeto de delante” constituiría un comportamiento antijurídico. Antes bien, la instrumentalización es el criterio normativo (la base) que permite atribuir al autor mediato la realización de un tipo que no realiza directamente, pero no el objeto mismo de imputación. Para esto último, en cambio, podría venir en consideración un respectivo delito de coacción, que, sin embargo, generalmente quedará absorbido en el delito que realiza el “sujeto de delante” bajo dicho estado de instrumentalización.

²⁸³ Acertadamente en este sentido, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, pp. 144 y s., señalando que la autoría mediata no representa una *plus* respecto de la inducción.

²⁸⁴ Así, por ejemplo, JAKOBS, «La denominada *actio libera in causa*» (trad. González Rivero), en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 229 y ss. Crítico al respecto, HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, pp. 209 y ss.

²⁸⁵ Cfr. MAÑALICH, *RDPUCV*, 34 (2010), p. 403.

ahí que el cambio de titularidad en una relación agencial que posibilita la autoría mediata pueda exhibir, más bien, una similitud estructural con la figura de la representación, en el restringido sentido de que los efectos del acto realizado por un sujeto quedan radicados en la esfera jurídica de otro sujeto distinto²⁸⁶. Pero, por el solo hecho de generar dicha consecuencia, tampoco sería apropiado reducir la autoría mediata a una “autoría por representación”, ya que con ello la atención se centraría exclusivamente en cómo ha actuado el “sujeto de atrás” (esto es, a través de otro) y cómo lo ha hecho el “sujeto de delante” (esto es, por cuenta ajena), quedando oscurecida, sin embargo, la razón de por qué se transfiere la titularidad de ese hecho, a saber: no porque el autor mediato haya asumido una posición pasiva, sino todo lo contrario, por haber creado o dispuesto (sabiéndolo o no) de un contexto en el que se dan las condiciones para que lo realizado por otro, eventualmente, sea reconducible a su esfera de actuación.

Dicho todo lo anterior, puede retornarse ahora a un aspecto inicialmente solo enunciado. Aquello que directamente realiza el autor mediato constituye una acción auxiliar²⁸⁷, pues solo prepara o dispone las condiciones bajo las cuales otro realizará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo. A pesar de que, en sentido estricto, en la autoría mediata no existe una relación de intervención delictiva, resulta indispensable relacionar el comportamiento de los sujetos involucrados. De semejante relación se obtiene una redescrición de lo realizado *por ambos*, que conduce a que, para uno, no se genere responsabilidad alguna *por ese hecho*, mientras que, para el otro, resulte imputable a título propio. Para ilustrar lo anterior, un ejemplo sencillo:

A engaña a B, diciéndole que puede ensayar “tiro al blanco” contra un barril, sabiendo (A) que al interior del recipiente se encuentra un niño, C. En consecuencia, B dispara contra el barril, produciendo la muerte de C.

Este ejemplo permite mostrar que, bajo la descripción “matar a otro”, lo realizado por A constituye una acción auxiliar, mientras la de B cuenta como una acción principal²⁸⁸. Sin

²⁸⁶ En cambio, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 86 y ss., traslada la estructura del mandato a la autoría mediata. En contra de esta última tesis cabría notar que puede existir mandato sin representación, en circunstancias de que la única razón para recurrir en este contexto a la figura del mandato sería la de hacer radicar en otro sujeto los efectos derivados de la ejecución de un acto. Por otro lado, el carácter convencional del mandato dificulta igualmente su compatibilidad con la estructura de la autoría mediata.

²⁸⁷ Sobre el carácter auxiliar de la acción de instrumentalización del autor mediato, véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 138; y VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 91. Desde otra perspectiva, tal similitud estructural ya es advertida por PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 399, nota 158. Ahora bien, aunque tanto el comportamiento del autor mediato como el de un partícipe constituyan, bajo la descripción típica, sendas acciones auxiliares, por de pronto, cabe notar la crucial diferencia que las separa: mientras una mejora (de un modo no trivial) la ejecución de una acción principal, la otra provoca un déficit de competencia en quien la realiza, por lo que, a pesar de ser auxiliar, no es una acción de favorecimiento.

²⁸⁸ Sobre la posibilidad de redescibir el comportamiento del autor mediato a través de lo ejecutado por el instrumento, KINDHÄUSER, *REJ*, 14 (2011), pp. 48 y s.; y MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 82.

embargo, dado que, por la vía de engañar a *B*, *A* se ha hecho responsable del déficit de competencia que, respecto del hecho *así descrito*, padece *B* (a saber: un error de tipo), la acción que causa la muerte de *C* puede ser redescrita sintéticamente del siguiente modo: “*A* mata a *C*, a través de *B*”. La elaboración explicativa de la cláusula “a través” ha de contener el específico déficit que respecto de ese hecho padece el instrumento, y que, en caso de ser atribuible al “sujeto de atrás”, opera como base para que se le atribuya el hecho a título propio²⁸⁹. De este modo, no solo la responsabilidad, sino también la relación agencial con respecto a la acción principal es reconducida, vía transferencia, al “sujeto de atrás”, que pasa a figurar como autor mediato. Pero también el comportamiento del “sujeto de delante” puede ser sometido a redescrípción, pues aquello que cuenta como una acción principal provisionalmente suya, como consecuencia de aquel traslado de la relación agencial, pase a ser redescrita del siguiente modo: “*B* mata a *C*, en tanto que instrumento de *A*”. Bajo esta nueva descripción del suceso, en la que la titularidad por la acción principal se ha reconducido a *A*, lo realizado por *B* es susceptible de ser descrito, esta vez, como una acción auxiliar. Dicha singularidad estructural distingue a la autoría mediata de las acciones auxiliares que sustentan una imputación a título de participación.

Como podrá comprenderse, la visión recién reseñada acerca de los elementos específicos que exhibe la estructura de la autoría mediata no es compatible con su reducción a la condición de mera manifestación fenoménica de la autoría directa²⁹⁰. En un sentido muy laxo podría decirse que el “sujeto de delante” opera como medio comisivo para el “sujeto de atrás”; sin embargo, como ya se ha señalado, esa designación solo es precisa cuando este último cuenta como un puro accidente empírico. Los supuestos de autoría mediata presuponen un instrumento actuante, que, por esta razón, aparece *prima facie* como candidato a ser autor directo, posibilidad que justamente queda descartada por el traslado de la relación agencial a otro sujeto. La diferencia, por ende, descansa también (y crucialmente) en un aspecto normativo²⁹¹.

²⁸⁹ Como agudamente señala PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 403, la consideración como autor del “sujeto de atrás” no reside, tampoco cuando él actúa dolosamente, en lo que él tiene, sino en lo que a su instrumento le falta. Y este último es un fundamento material que puede ser trasladado igualmente a la imprudencia.

²⁹⁰ De otra opinión, JAKOBS, *Teoría de la intervención*, pp. 67 y ss., para quien la autoría mediata sería una “autoría directa enmascarada”, de solo diversa manifestación fenotípica. En el mismo sentido, ROBLES PLANAS, *Polít. Crim.*, 30 (2020), p. 1003, considerando que la “denominada 'autoría mediata' es la hija predilecta del pensamiento fenomenológico”. Desde un plano *de lege lata*, suele invocarse el argumento de que el autor mediato también realizaría “por sí mismo” el hecho punible. Al respecto, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/45; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 25/8. En contra, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 81.

²⁹¹ Si, en cambio, se renunciase a ofrecer una fundamentación especial de la autoría mediata —necesaria en la medida en que las razones por las cuales a través suyo se adscribe como propio un hecho a un sujeto son distintas a las de la autoría directa—, y se asignara al “sujeto de delante” siempre la condición de objeto, no podría justificarse por qué no todas, sino algunas de sus actuaciones son susceptibles de imputar al “sujeto de atrás”. A la inversa, una reducción de la autoría mediata a la estructura de la autoría directa enfrentaría también problemas a la hora de explicar por qué, ese mismo sujeto, cuya actuación se ha equiparado a mero suceso de la naturaleza, así y todo, podría devenir eventualmente responsable por un

Por último, también es necesario distinguir las estructuras de la autoría mediata y la de la coautoría. Desde ya, la inexistencia de una relación agencial compartida entre el “sujeto de atrás” y el “sujeto de delante”, pero sobre todo el déficit agencial que padece este último, impiden que lo realizado por un instrumento pueda interpretarse como una realización *conjunta* del tipo. Por otro lado, de asumirse la tesis según la cual no es necesario que cada uno de los coautores intervenga en fase ejecutiva, de todas formas, de cara a su delimitación con la autoría mediata, la responsabilidad del “coautor no-ejecutivo” —como supuesto de “autor detrás del autor”— dependería crucialmente de que su aporte sea interpretable como una contribución (configuradora) *del mismo* hecho que ejecuta el “coautor ejecutivo”, es decir, como “parte de una acción conjunta”. Eso es precisamente lo que no puede suceder en una autoría mediata, en la que, como se ha visto, la relación agencial se traslada completamente al autor mediato.

2.3.4. La coautoría como imputación a título propio (o compartido) de un hecho realizado conjuntamente. Remisión

Así como las estructuras de la autoría directa y de la autoría mediata se encuentran gobernadas por determinadas relaciones agenciales entre el hecho y un sujeto a quien se imputa este a título propio, lo mismo sucede con la coautoría. En este caso, la relación agencial tiene una índole compartida, en la medida en que el comportamiento desplegado por dos o más sujetos admite ser caracterizado como una acción conjunta.

El objeto, la estructura y los presupuestos de esta forma de autoría serán objeto de análisis detallado en la *Segunda parte* de esta investigación, por lo que ahora cabe remitir a dicho lugar.

2.4. La accesoriadad como estructura de imputación de un hecho ajeno con base en un comportamiento propio

El rasgo que caracteriza a todas las modalidades accesorias de intervención delictiva es que constituyen acciones auxiliares que posibilitan o aseguran una acción principal desplegada por otro, que contará como instancia típica o como tentativa de delito. Es decir, se trata de aportes de carácter instrumental, pero para cuya relevancia jurídico-penal es necesario que se traduzcan efectivamente en crear o mejorar (de una manera no trivial)

hecho delictivo distinto al del autor mediato, contando ambos como posibles “autores paralelos”. De ahí que con agudo criterio RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 3 (1969), p. 468, ya destacara que la cualidad humana del instrumento se justifica porque pretende explicar “la autoría del hombre de atrás, pese a que la conducta del sujeto de delante pueda llegar a ser relevante desde el punto de vista jurídico penal”.

la oportunidad para la ejecución de la respectiva acción principal, a cargo de otro. Con lo anterior, puede advertirse, desde ya, que la acción del partícipe se vincula solo de una manera indirecta con el respectivo objeto de imputación, relación que se encuentra mediada por la acción principal de uno o más autores.

Pues bien, previo a descender en la estructura de la participación como criterio de imputación (accesoria), conviene tener en vista, siquiera de forma somera, algunas de las tesis tradicionales acerca del fundamento de su castigo, pues la que aquí se defenderá representa una significativa toma de distancia con respecto a las dominantes.

Un primer grupo de tesis, aunque desde lineamientos teóricos bastante heterogéneos entre sí, ofrece como fundamento del castigo del partícipe la infracción de una norma primaria propia, es decir, un estándar de comportamiento que se hallaría dirigido exclusivamente a esta clase de intervinientes, cuyo contenido básicamente consistiría en prohibirles — por razones que pueden variar según cada propuesta teórica— la realización de acciones de colaboración en hechos delictivos ajenos²⁹². Ocurre, sin embargo, que el núcleo duro de tales tesis es problemático. En primer lugar, presenta la dificultad de que el contenido proposicional de semejantes normas —con la limitación de libertad que comportan— acaba siendo semánticamente más exigente que el dirigido a intervinientes principales²⁹³, y que solo de manera excepcional y discontinua se encuentran en la Parte especial²⁹⁴. En segundo lugar, está íntimamente emparentada con la antigua teoría del “delito de participación”, que, en el fondo, viene a constituir una negación de la correspondiente relación de intervención delictiva —por hacer de la participación un hecho delictivo en sí mismo—, en la que, además, se invierten los roles: el comportamiento del autor (del hecho principal original) pasaría a ser accesorio respecto del comportamiento, bajo estos términos, también antinormativo del partícipe (del hecho principal original), lo cual abriría la puerta a la posibilidad de que aquel primer sujeto sea castigado como partícipe

²⁹² Por ejemplo, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 123 y ss., especialmente p. 127, para quien el partícipe infringiría una norma de comportamiento autónoma, que le prohibiría incrementar el riesgo de lesión de un bien jurídico mediante actos de favorecimiento al autor. Cfr. GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, pp. 341 y s., en cuya opinión el comportamiento del partícipe infringe una “norma previa y su injusto, la peligrosidad de su conducta, está condicionada a la infracción de una norma posterior”. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *LH-Luzón Peña*, p. 1123: “[l]a norma de conducta infringida es la que prohíbe contribuir a la ejecución de hechos delictivos por parte de terceros”.

²⁹³ En tal sentido, la referencia a una “puesta en peligro” del bien jurídico del sujeto pasivo a cargo del partícipe no es un efecto que pueda presuponerse sin más. Por otro lado, difícilmente un sistema de normas concebido de tal manera posibilitaría el libre desarrollo de la personalidad (así, sin embargo, STEIN, *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 235 y s.), dado el carácter manifiestamente abierto de una tal prohibición de participación, en parangón con las correspondientes normas de comportamiento que se dejan inferir de los tipos de la Parte especial. Descarta la potencialidad de las acciones de participación para lesionar el objeto de prohibición, acertadamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 136.

²⁹⁴ Pues los tipos de la Parte especial que describen comportamientos que, sometidos a las reglas generales, serían constitutivos de participación, lo que hacen es conceder carácter principal (bajo dicha descripción) a comportamientos, *prima facie*, nada más que auxiliares.

en el hecho delictivo cometido por el otrora partícipe (de aquel hecho principal). A lo anterior también cabría añadir el carácter de condición objetiva de punibilidad a la que podría quedar reducida así la actuación del autor (del hecho principal original)²⁹⁵, consecuencia incluso admitida desde algunos planteamientos que integran este grupo. Pero ello presenta una dificultad adicional, pues si la accesoriadad estuviese referida exclusivamente a las condiciones que hacen operativa la respectiva norma de sanción, entonces quedaría oscurecida la razón por la cual este grupo de planteamientos justamente considera necesario discurrir en torno de normas de comportamiento autónomas dirigidas a partícipes, a saber: no favorecer el comportamiento *antinormativo* de otros²⁹⁶.

Desde otras perspectivas, en cambio, el partícipe infringiría la misma norma de comportamiento que el autor, aunque en un menor grado, o de manera menos intensa²⁹⁷. Como se ha reiterado, sin embargo, el carácter disyuntivo que adopta el juicio de antinormatividad cierra de modo categórico la alternativa de afirmar una solución intermedia. Un comportamiento es o no antinormativo; no puede ser y no serlo a la vez: *tertium non datur*. Por otro lado, aunque, por razones antes señaladas, las normas de comportamiento susceptibles de inferir a partir de los tipos de la Parte especial no son “tipos de autoría”, sí constituyen, en cambio, estándares que pueden servir como premisa mayor en el razonamiento práctico de un sujeto que, para verse vinculado por tales normas —esto es, para fundamentar concretos deberes de acción o de abstención—, necesitan estar situados en una posición tal que lo ejecutado por ellos pueda contar como instancia de realización de aquello que la respectiva norma efectivamente prohíbe, o bien, requiere ejecutar. En breve: las normas de comportamiento solo operan como razones para la omisión (o ejecución, según el caso) de acciones principales²⁹⁸, y es la *imputación* de estas, a título propio, aquello que representa la marca característica de toda modalidad de autoría. Por esto, a un partícipe no puede generársele la oportunidad inmediata de ejecutar u omitir una acción que constituya una instancia de posible infracción de dicha norma²⁹⁹.

²⁹⁵ Según KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, p. 533, el hecho principal no es una mera condición de punibilidad del partícipe, sino el “resultado injusto” (*Unrechtserfolg*) de la propia acción típica de participación. Con todo, desde ese prisma el problema persiste en que una parte de lo que se concibe como injusto propio del partícipe seguiría dependiendo de lo que otro sujeto realiza.

²⁹⁶ Al respecto, véase, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, pp. 643 y 646, quien se refiere a las normas relativas a la participación como normas que prohíben la intervención en hechos lesivos ajenos.

²⁹⁷ Así, STEIN, *Die Strafrechtliche Beteiligungensformenlehre*, pp. 75 y ss., 241 y ss., quien entiende que la norma de comportamiento se dirige con un mayor grado de urgencia respecto a los autores que a los partícipes. Próximos a esta postura en la dogmática española, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 703 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 464 y ss.

²⁹⁸ Así, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 77, nota 240; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74.

²⁹⁹ Ahora bien, que, como acción principal, solo sea antinormativo el comportamiento imputable al autor, y no así, en cambio, el desplegado por el partícipe, no obsta a la caracterización del comportamiento de este último como uno socialmente desvalorado, y, en tal medida, también lesivo (aunque en menor medida que la acción principal atribuible a un autor). Esto no se contradice con lo señalado en el texto. La lesividad, entre otros parámetros, opera como un principio programático que un legislador tiene en vista al momento

Como podrá comprenderse, lo registrado anteriormente también constituye un obstáculo para las teorías eclécticas —probablemente, hoy todavía dominantes— caracterizadas por intentar fundamentar el castigo del partícipe en un comportamiento que, por lesionar o atacar de manera “indirecta”, “mediata” o “accesoria” el respectivo bien jurídico, viene a ser presentado como un “injusto en parte propio, y en parte ajeno”³⁰⁰. De esta manera persigue dotarse al comportamiento del partícipe de una importancia de la que, de otra manera, aparentemente carecería. Pero tales expresiones representan hipóstasis que solo confirman que el vínculo del comportamiento del partícipe con el respectivo objeto de la imputación se encuentra mediado por el comportamiento del autor, y que la razón por la cual se los castiga sigue siendo el haber cooperado o provocado un “ataque” a ese bien jurídico a cargo de otro. Por lo demás, frente a este eclecticismo, como ya lo advirtiera Bloy, se impone una reconvención metodológica: las tesis intermedias no pueden ser sintéticas, como pretenden, si proceden reuniendo aditivamente dos elementos tan heterogéneos como son las nociones de un injusto autónomo y otro de carácter ajeno³⁰¹.

Otro sector doctrinal, también desde un prisma preferentemente normológico, sostiene que el comportamiento de los partícipes satisfaría el de un “tipo derivado o accesorio, pero propio”, susceptible de construir mediante la combinación de los preceptos de la Parte general, referidos a la participación, y los respectivos tipos de la Parte especial. Se trataría así de “tipos dependientes de participación”³⁰². Respecto del problema semántico subyacente a la terminología “tipos adscriptivos” y, en general, a la posibilidad de unificar

de reforzar, mediante la sanción jurídico-penal, ciertas normas de comportamiento. Pero, de la circunstancia de que generalmente no existan tipos en la Parte especial que incluyan las acciones de inducir o cooperar a la realización de un hecho por parte de otro, no se sigue que tales comportamientos no sean lesivos. Al contrario, ellos efectivamente crean un riesgo para bienes jurídicos ajenos —razón por la cual, justamente, operan como reglas constitutivas de punibilidad en la Parte general—, solo que, normalmente, no se estiman lo suficientemente lesivos como para, además, ser incorporados en el contenido de algún tipo delictivo. En breve, la lesividad es una propiedad graduable, pero no así la antinormatividad.

³⁰⁰ Al respecto, por ejemplo, véase ROXIN, *PG*, t. II, 2014, § 26/11.

³⁰¹ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pp. 253 y s. Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 132 y s.: “una teoría puede ser ecléctica en sus fundamentos, pero nunca en sus soluciones”. Véanse también las observaciones críticas de VACCHELLI, *Intervención delictiva*, pp. 44 y ss. En síntesis, las teorías del ataque accesorio no superan el antagonismo (o al menos, dualismo) existente entre accesoriadad y lesión propia del bien jurídico. Con ello, se tornan vulnerables a las críticas dirigidas tanto en contra de las teorías del favorecimiento, como contra una fundamentación del injusto del partícipe como totalmente propio, amén de las que ella misma se granjea a causa de tal eclecticismo.

³⁰² Esta tesis, difundida en la dogmática española, halla asimismo su origen en la necesidad de explicar la punición de comportamientos no tipificados, y de cumplir así con el mandato de legalidad. Al respecto, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/27; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, p. 381. Con todo, esta última no es la única explicación posible de cara a la extensión de punibilidad que comportan los preceptos relativos a la participación: ellos no amplían la tipicidad, sino sus criterios y formas de adscripción. Si la razón para denominar a estos preceptos como tipos es que sin su existencia las conductas de participación serían impunes, cabe recordar que la autoría mediata y la coautoría igualmente pueden cumplir una función constitutiva de la punibilidad, y, no obstante, tampoco es predicable respecto de ellas un “tipo de injusto” autónomo.

en una sola categoría un asunto de antinormatividad y otro de imputación³⁰³, puede remitirse aquí a consideraciones previas. Aun así, y por mor del argumento, interesa precisar por qué, de un “tipo de participación”, así construido, tampoco podría inferirse apropiadamente una *norma* de comportamiento³⁰⁴. En este caso, la dificultad reside en el contenido proposicional que cabría asignar a semejante norma, pues ocurre que, amén de dependientes o subordinados a un “tipo principal”, tales “tipos de participación” serían indeterminados, o, cuando menos, tipos incompletos. Pues los destinatarios de tales normas inicialmente solo conocerían una parte de su contenido prescriptivo —“no cooperar a la realización de un hecho delictivo”; “no inducir a otro a realizar un hecho delictivo”, etc.—, estando a cargo de tales destinatarios no solo la tarea de fundamentar a partir de la norma un específico deber de acción o de abstención, sino ya la de complementar su contenido, de acuerdo con la específica clase de hecho delictivo en el que participen. Ello conduce al erizado terreno de las llamadas “normas situacionales”³⁰⁵.

Pues bien, según la tesis que aquí se defiende, desde un punto de vista normológico, el comportamiento de los partícipes consiste en un acción auxiliar preparatoria, y, más precisamente, en la preparación de un hecho principal ajeno³⁰⁶. Este rasgo permite caracterizar suficientemente la relación de *medio a fin* reconocible entre una acción auxiliar y una acción principal, llevadas a cabo por sujetos distintos, en donde la primera de ellas, literalmente, prepara las condiciones (materiales o motivacionales) bajo las cuales otro sujeto realiza una instancia típica o, al menos, inicia su ejecución.

Como acaba de anunciarse, esta tesis tiene implicancias normológicas, pues conduce a la afirmación de que, en definitiva, a pesar del apoyo material o motivacional que aporta para que otro realice un hecho delictivo, el del partícipe no es un comportamiento

³⁰³ Crítico con respecto a la afirmación de “tipos de participación”, FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil*, pp. 32, 61 y ss., 90. En tanto que reglas de imputación, las formas de participación son materialmente neutras (en el sentido de que su *contenido* no está determinado por referencia a un bien jurídico concreto); este rasgo impide caracterizarlas, a la vez, como tipos.

³⁰⁴ Dado que una forma de participación presupone un déficit de tipicidad, advierte la incorrección de hablar de “tipos de participación”, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 396, nota 3. Dada la relatividad del propio concepto de participación, no existe una “participación en sí misma”.

³⁰⁵ El problema precisamente reside en que el propio concepto de norma tendría que hablar decisivamente en contra de la determinación de su contenido —y, con ello, la existencia de la norma como tal— a cargo de *cada* uno de sus destinatarios. La categoría deóntica cuya existencia depende de estos últimos —y que, por ende, sí resulta ser situacional— no es la norma, sino el deber, que justamente requiere de una norma *completa*, que indique la clase de acción prohibida, de manera tal que el destinatario esté en condiciones de identificar, *ex ante*, una posible instancia de realización.

³⁰⁶ Una acción de participación, al igual que un acto preparatorio que para sí mismo se procura el propio autor, no es ejecutiva, pues no da inicio a la ejecución de la clase de acción descrita en el tipo. Para el tratamiento de las formas de participación como acciones preparatorias, véase ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 344 y ss. Al respecto también FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, pp. 66 y ss., 134 y ss., 153 y ss.; y, desde una perspectiva de teoría de la acción, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 71 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 74 y ss.

antinormativo: no es objeto, sino base de imputación³⁰⁷. Acaso podría parecer irritante terminológicamente que la participación no constituya un comportamiento antinormativo, pero, como ya lo señalara Vogel, exactamente ese es el sentido de la accesoriedad³⁰⁸. El vínculo entre el comportamiento del partícipe y la respectiva norma de comportamiento se encuentra mediado por el quebrantamiento de esta última a cargo del autor; en cambio, satisfecho este presupuesto, el partícipe se encuentra directamente ligado a la norma de sanción que constituye la punibilidad por su propio comportamiento³⁰⁹.

De las varias objeciones que acaso podría suscitar la concepción recién formulada, regístrense al menos dos, por ser útiles para efectos de clarificación. En primer lugar, del hecho de que el partícipe no quebrante una norma de comportamiento de la Parte especial no se sigue la imposibilidad de ejercer legítima defensa en contra suya. Pues, ante todo, el partícipe carece de un permiso para realizar un comportamiento que, aunque no sea antinormativo —como tampoco lo sería, por cierto, la agresión *inminente* de un agresor, potencial autor, que da derecho a otro para *impedirla*—, sí pone en riesgo la esfera de bienes jurídicos de un “tercero inocente”, que no tiene por qué soportar esa intromisión por parte de un tal co-agresor³¹⁰. En cambio, la diferente forma de agresión, de parte de los potenciales intervinientes en un hecho delictivo, sí podría ser relevante a la hora de calibrar la necesidad racional del medio empleado. Por otro lado, si el comportamiento del partícipe no es antinormativo, quizá podría objetarse lo siguiente: ¿lo realizado por él ganaría, entonces, relevancia jurídico-penal solo a raíz de la intervención de otro sujeto? Al respecto, primeramente, cabría insistir en que su comportamiento *tampoco* se torna antinormativo después de que interviene el autor³¹¹. Que no sea antinormativo, sin

³⁰⁷ Así, KINDHÄUSER, *NStZ*, 6 (1997), p. 274; MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 87. Desde otra perspectiva, véase también FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, p. 121.

³⁰⁸ VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 85, nota 146.

³⁰⁹ En este sentido, existe cierta similitud estructural entre quien ha de omitir la ejecución de una acción auxiliar preparatoria (por medio de la cual favorece el hecho delictivo de otro), y quien ha de ejecutar una acción auxiliar previsorá o precautoria (por medio de la cual asegura sus propias capacidades de evitación); ni el partícipe ni quien infringe una exigencia de cuidado realizan un comportamiento que, por sí mismo, satisfaga la descripción de una clase de acción prohibida o requerida en los tipos de la Parte especial. Pero ello no significa que la ejecución o la omisión de tales acciones auxiliares —a las que se encuentran vinculados por las respectivas normas de sanción— no puedan servir como *base* o *fundamento* de su responsabilidad penal. Para esta subdistinción al interior de las acciones auxiliares, véase KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 64 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74.

³¹⁰ En la doctrina española, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa del Derecho penal», *RJUAM*, 25 (2012), p. 27, para quien cabe defenderse legítimamente contra agresiones ilícitas no típicas (ni constitutivas, por ende, de delito o de falta), aunque requiriendo que tales agresiones sean culpables.

³¹¹ Estructuralmente, se pueden distinguir cuatro alternativas teóricas sobre el estatus del comportamiento del partícipe al momento de realizar su aporte (*t1*) y al momento de intervenir el autor (*t2*). En primer lugar, puede sostenerse que el comportamiento del partícipe es antinormativo ya en (*t1*) y, *a fortiori*, también en (*t2*). Aquí cabría situar a la tesis del “injusto autónomo” del partícipe. A ella se hacen extensivas las críticas generales contra un “delito de participación”. La segunda alternativa sería suponer que el comportamiento del partícipe no es antinormativo en (*t1*), pero sí lo es en (*t2*). En este grupo pueden ubicarse las teorías que caracterizan a la participación como un “injusto propio, pero dependiente”. Sobre las objeciones a tales planteamientos también cabe remitir a consideraciones previas. Según una tercera alternativa, inicialmente, el comportamiento del partícipe podría no ser antinormativo en (*t1*), pero sí tornarse antinormativo en (*t2*), con la particularidad de que la retrotracción de dicha circunstancia permitiría modificar el estatus que, *prima*

embargo, no significa que la responsabilidad penal del partícipe se fundamente en lo que haga otro sujeto, ni que dependa enteramente de él; se trata, más bien, de reconocer que el *mismo comportamiento* del potencial partícipe es susceptible de diversas descripciones, que varían según si, lo realizado por él, finalmente repercute o no en la acción a cargo de otro sujeto³¹². Las reticencias a conceder relevancia a esto último pueden comprenderse como reservas contra el propio principio de accesoriadad.

Ahora bien, dicho todo esto, que el comportamiento del partícipe represente un acto preparatorio de un hecho ajeno y, por esta razón, no sea antinormativo, no supone renunciar a una adecuada justificación de la pena a la que se encuentra expuesto. Para ello es necesario, por un lado, enfatizar la función genuinamente fundamentadora del principio de accesoriadad, y, por otro, reiterar brevemente cómo esta alternativa teórica no infringe el principio de responsabilidad por el propio hecho.

Según fuese avanzado, el comportamiento del partícipe no es neutral, sino, al contrario, jurídico-penalmente relevante, ya que el favorecimiento del hecho delictivo de otro justamente cuenta como una *base* para que este se le impute *por medio de* algún título de participación. La conjugación entre esa base individual y ese objeto común tiene lugar a través de la accesoriadad, en tanto que estructura de imputación³¹³. De lo anterior se sigue, en contraste con una extendida opinión, que los preceptos de la Parte general

facie, exhibiría tal comportamiento en (*t1*). Este último esquema tendría por objeto sortear la objeción señalada en el texto, usualmente esgrimida contra la segunda de las alternativas esbozadas, a saber: que el estatus del comportamiento de un sujeto no puede depender de la intervención de otro. Bajo tal punto de vista, podría suponerse que el comportamiento del partícipe exhibe una “antinormatividad suspendida”. Lo problemático de esta última tesis —al margen de que para volverse operativa necesita acudir a una descripción diacrónica del comportamiento del partícipe— descansa en que, aun cuando esa clase de operaciones fuese legítima en el contexto de una imputación jurídico-penal, no podría ocultar el hecho de que el cambio de estatus en la descripción diacrónica del comportamiento del partícipe solo se explicaría en función de lo realizado por el autor, esto es, del estatus que exhibe bajo una descripción sincrónica. Y que esa descripción sincrónica sea la determinante para el surgimiento de su responsabilidad queda revelado en la posibilidad de que ella no estaría disponible si el autor, finalmente, nada realizara, pues entonces el comportamiento realizado en (*t1*), ya conceptualmente, no cabría ser descrito como uno de cooperación. Para un análisis de este problema, fundamental, FRENCH, «Complicity: That Moral Monster, Troubling Matters», *Criminal Law and Philosophy* (2016), pp. 579 y ss.

³¹² Como insinúa FRENCH, *Criminal Law and Philosophy* (2016), p. 580, el problema que podría generarse al “depender” su situación de lo que otro haga, es si acaso el partícipe, en (*t1*), podría prever cómo, en (*t2*), su comportamiento favorecería al de otro. Pero entonces cabría advertir que, de nuevo, tampoco se trataría de un problema de antinormatividad, sino de imputación subjetiva.

³¹³ Cfr. BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, p. 251: el “injusto propio” del partícipe consiste en que “ha hecho algo que crea un fundamento para esta imputación”. Sin perjuicio de lo anterior, la terminología utilizada en ciertos pasajes por Bloy (*idem*: el “injusto del partícipe es propio solo como contacto propio con un injusto ajeno”), y su caracterización del injusto del partícipe como un ataque contra el mismo bien jurídico que el que lesiona el autor, mas sin tomar contacto personal con el hecho (*ibidem*, pp. 252 y ss.), contribuyen a que su propuesta se acerque al dualismo de otras que él mismo ha criticado con acierto. Sobre esto último, véase PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 459. En cambio, la tesis aquí defendida se sintetiza como sigue: al partícipe se imputa el quebrantamiento de la misma norma que el autor, pero justamente a título de participación. En este sentido, véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 87 y s., especialmente nota 276; y VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 84 y ss.

concernientes a la participación no son dispositivos amplificadores de la tipicidad, sino más bien constitutivos de su punibilidad³¹⁴. La falta de realización del tipo (*rectius*: la no imputación a título propio de la realización del tipo) por parte de un partícipe se ve parcialmente compensada por el principio de accesoriedad, herramienta que *fundamenta* que, ciertas acciones auxiliares puedan sustentar la imputación de un hecho a título ajeno, precisamente por haberlo favorecido³¹⁵.

Por último, la compatibilidad de esta vía de fundamentar el castigo del partícipe con el principio de responsabilidad por el propio hecho depende crucialmente del alcance que se asigne a dicho principio. Como ya se anticipó, si se lo identifica con la responsabilidad por el “propio injusto”, y, a su vez, se entiende que solo la realización del tipo constituye un “injusto” —en términos de ser un comportamiento antinormativo—, entonces las posibilidades de compaginar dicho principio con la responsabilidad penal del partícipe disminuyen notablemente. Al contrario, lo que se necesita es desambiguar la fórmula “responder *por* el hecho de otro”, de un modo tal que pueda disociarse del significado vicarial que, en cambio, sí exhibiría una estructura de imputación articulada como “responder *por o en lugar* de otro”. Pues, a pesar de que al partícipe se impute la instancia de realización típica llevada a cabo por otro sujeto, la razón por la que deviene en jurídico-penalmente responsable sigue descansando en un comportamiento desplegado nada más que por él mismo. Por lo anterior, y aunque resulte paradójico —mas no contradictorio—, se respeta el principio de responsabilidad por el propio hecho si al partícipe se imputa, como hecho ajeno, el quebrantamiento de una norma que ha tenido lugar a partir del comportamiento de otro u otros, y se sustenta dicha imputación (accesoria) estrictamente con base en el efecto de favorecimiento que su propio comportamiento ha surtido en ese quebrantamiento ajeno³¹⁶. Al contrario, no parece respetarse aquel principio si al partícipe se imputa, a título propio, un hecho para cuya verificación no ha suministrado una base que sustente apropiadamente dicha clase de imputación, a saber: si no es posible establecer, entre él y ese hecho, una relación agencial directa, mediada o compartida.

³¹⁴ En ese sentido ya MAYER, M.E., *PG*, pp. 423 y 484. Véase también FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil*, p. 90; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, 2ª ed., 1977, pp. 436 y s.; RENZIOWSKI, *GA* (2007), p. 577.

³¹⁵ Por esta razón, como advierte MAÑALICH, *Nötigung*, p. 130, la accesoriedad, en tanto que estructura de imputación, tiene un rol constitutivo (y no uno limitativo) de la punibilidad.

³¹⁶ Acertadamente, BLOY, *ZStW*, 117 (2005), p. 18: [e]l partícipe no es castigado por su colaboración en el hecho principal, sino *debido a* su colaboración *para* el hecho principal. (Cursivas del original). Por otro lado, para afirmar que el inductor y el cómplice, en efecto, no responden *por* un comportamiento ajeno, no es necesario comprometerse con el carácter antinormativo de su propio comportamiento, pues ese favorecimiento ya fundamenta una imputación jurídico-penal. Cfr. MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 128 y s., sugiriendo que el fondo del problema podría estar afectado por un malentendido: si con “injusto” se designa la materia de prohibición, al partícipe se imputaría un injusto ajeno, pues el comportamiento que es objeto de imputación solo podría ser imputado como acción principal propia al autor; en cambio, si por “injusto” se entiende el fundamento de la imputación personal por la respectiva realización típica, el partícipe responde a causa de un “injusto propio”.

III. Recapitulación

Según ha intentado defenderse en este capítulo, asisten buenas razones para patrocinar una concepción que diferencie entre modalidades de intervención delictiva. A pesar de que probablemente la infracción al mandato de determinación que tradicionalmente se ha recusado a las concepciones unificadoras no se configura, ya que el objeto de imputación generalmente no resulta amplificado, conviene disponer de categorías que permitan reflejar las distintas formas a través de las cuales un sujeto puede involucrarse en un hecho delictivo. Las concepciones unificadoras parten de la suposición de que el fundamento para dicha imputación es homogéneo allí donde no siempre lo será. Además, un modelo diferenciador está en mejores condiciones para satisfacer los requerimientos impuestos por principios como el de lesividad y de proporcionalidad.

Ahora bien, uno de los principales déficits que padecen la mayoría de las teorías diferenciadoras descansa en articular la distinción entre autor y partícipe sobre la base del injusto típico. Esta forma de abordar tales categorías es problemática, pues, por un lado, generalmente conduce a multiplicar el objeto de imputación —por la vía de sostener que se infringen normas de comportamiento diversas—, y, en correspondencia con lo anterior, tienden a ocultar la circunstancia de que las formas de autoría y de participación se diferencian más bien en función de la base agencial que las fundamenta y la estructura de imputación que posibilitan, esto es, la de imputar un hecho a título propio, o bien a título de participación. Esta última aproximación presenta la ventaja de hacer explícito que tales categorías están referidas precisamente a la intervención de varios sujetos en *un mismo hecho* delictivo, pero de una manera tal que resulte compatible con el principio de autorresponsabilidad, a partir del análisis individual que suministra la respectiva *base* de imputación, como fundamento que explica la imputación de ese objeto común. La relación particular (directa o indirecta) susceptible de establecerse entre el objeto y la base de imputación permite que, a nivel estructural, pueda diferenciarse entre modalidades de autoría y de participación. En el primer caso, la imputación de un hecho a título propio se fundará en la relación agencial directa, mediada o compartida que uno o más sujetos guardan con el respectivo objeto de imputación; en cambio, en la complicidad y en la inducción, dicha base de imputación descansará en la ejecución de una acción auxiliar que determina que el hecho resulte imputable a título de participación, por la vía de la accesoriedad como estructura de imputación.

CAPÍTULO TERCERO. IMPRUDENCIA COMO ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA

I. Dolo e imprudencia como estructuras de imputación

1. Introducción. Dolo e imprudencia como categorías adscriptivas

La distinción entre objeto y fundamento de imputación reclama especial atención cuando se trata, como ahora, de dilucidar el contenido y la función del dolo y de la imprudencia como categorías en torno a las cuales puede estructurarse la imputación subjetiva de cierto hecho (*qua* acción) a uno o más sujetos. En lo sucesivo se adoptarán dos premisas cardinales: por un lado, dolo e imprudencia reconocen un objeto común de imputación, esto es, el quebrantamiento de una misma norma de comportamiento; por otro, ambas categorías se diferencian en virtud del fundamento que cada una suministra para la imputación a un sujeto de ese comportamiento que es objeto de imputación.

Según fuese anticipado, en esta investigación se toma como punto de partida una comprensión del juicio de antinormatividad conforme la cual, para que esta propiedad pueda predicarse de un comportamiento, se requiere una relación de (mera) correspondencia entre este y la descripción de la clase de acción especificada en un tipo de la Parte especial. Con otras palabras, no es necesario ni conveniente anticipar el juicio relativo a la capacidad individual de evitación ya a nivel de antinormatividad. Primero, no es necesario, porque ni el operador deóntico con arreglo al cual se construye una norma de comportamiento, ni tampoco su contenido prescriptivo, son elementos que dependen ni varíen según las capacidades de un agente concreto. Desde luego, a lo anterior podría objetarse que de la presencia o del déficit de capacidades del sujeto en cuestión sí dependería la constitución del “objeto de valoración”, pues parecería contraintuitivo que pudiesen ingresar en la órbita de la norma primaria comportamientos inevitables. Pero ello, desde ya, parecería contradecir otra premisa abrazada probablemente también por la opinión dominante, a saber: la de que el llamado “tipo subjetivo” se encuentra referido al “tipo objetivo”. En efecto, que la determinación del “tipo subjetivo” —en la terminología aquí favorecida: un injusto— presuponga configurado un “tipo objetivo” —como objeto de imputación—, no es más que una consecuencia de que las preguntas implicadas en ellos son distintas: por un lado, si acaso se ha evitado o no aquello que, según la respectiva norma de comportamiento, un sujeto tendría que haberse abstenido de ejecutar; por otro lado, si ese sujeto podría haberse abstenido de ejecutar aquello que, en efecto, no ha omitido realizar. De ahí que, en segundo lugar, como fuese anunciado, resulte más conveniente diferenciar desde un inicio los niveles de análisis involucrados. Según lo

avanzado al inicio de esta investigación³¹⁷, las normas de comportamiento están referidas a la protección de bienes jurídicos para lo cual son reforzadas penalmente (a través de normas de sanción); a la ofensa de tales bienes jurídicos, como tal, nada añade una eventual imputación a título de dolo o de imprudencia, ya que en ambos casos la lesión es esencialmente la misma³¹⁸. Del *telos* de una norma de comportamiento, por ende, no pueden obtenerse las condiciones bajo las cuales su quebrantamiento tendría que devenir en imputable. Estos presupuestos, por el contrario, están gobernados por reglas adscriptivas, cuyo fin no es la protección de bienes jurídicos, sino racionalizar y establecer las condiciones para una atribución justa de responsabilidad jurídico-penal. Formulado de otro modo: dolo e imprudencia no son reglas regulativas del comportamiento de los sujetos, sino que reglas constitutivas que especifican las condiciones bajo las cuales puede imputárseles subjetivamente el quebrantamiento de una norma³¹⁹.

Así las cosas, cuando se sostiene, por ejemplo, que “A mató dolosamente a B”, en rigor, se están ofreciendo dos informaciones³²⁰. Primero, que A ha realizado una acción que causó la muerte de B. Segundo, que esa acción le es imputable a título de dolo³²¹. Ciertamente, de manera elíptica podrían reunirse ambas afirmaciones a partir de un enunciado como el recién formulado. Pero entonces es crucial que, en ese ejemplo, se tenga en cuenta que a A no se imputaría, estrictamente hablando, el no haberse abstenido de matar dolosamente a B, sino que más bien el no haberse abstenido de matar a B, teniendo la capacidad necesaria para evitarlo (y, por esto, el hecho le sería imputable a

³¹⁷ Véase *supra* Cap. Primero, apdo. I.1.

³¹⁸ Sobre la identidad de la norma de comportamiento infringida, desde muy distintas posiciones: BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. IV, 1965 (1919), pp. 451 y ss.; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 283 y ss., especialmente, p. 336, donde señala que la norma que ordena la evitación de la realización del tipo es idéntica a la norma que dispone la aplicación de medios para su evitación; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/39; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 709 y s., también señala que no hay diferencia estructural entre dolo e imprudencia; su diferencia solo radicaría en el objeto representado (con la excepción del dolo de primer de grado); PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, pp. 134 y 142; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 228; VARELA, *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, pp. 439 y 441.

³¹⁹ Sobre la distinción entre reglas regulativas y constitutivas, SEARLE, *Speech Acts*, pp. 33 y ss. Por cierto, al igual que ocurre con las normas relativas a la intervención delictiva, lo dicho en el texto no excluye que un eventual destinatario de la aplicación de tales reglas de imputación, es decir, el sujeto pasivo de una *posible* imputación jurídico-penal, pueda anticipar la posibilidad de que un sujeto activo de esa imputación potencialmente dirigida en su contra (esto es, el correspondiente órgano adjudicador) aplicaría una de tales reglas adscriptivas, de modo que ese sujeto pasivo pueda configurar prospectivamente su comportamiento con arreglo a la posibilidad de que retrospectivamente un hecho le sea imputado a título de dolo o de imprudencia. Pero obsérvese que del hecho de que un criterio de imputación subjetiva surta adicional y eventualmente un *efecto* configurativo en el comportamiento de un sujeto no se sigue que esa sea su *función*.

³²⁰ Para esto y lo que sigue, fundamental, DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, pp. 202 y ss.

³²¹ En sentido amplio, como sugiere MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 74 (2008), p. 143, del dolo depende que el hecho pueda imputarse al autor como su obra, pero si falta, el hecho puede ser igualmente lesivo. Conviene puntualizar, sin embargo, que desde el modelo patrocinado por Molina Fernández la noción de lesividad debe distinguirse de la de contrariedad a la norma.

título doloso)³²². La segunda formulación permite, pues, distinguir aquello que debía evitarse y la razón por la cual el agente efectivamente podría haberlo evitado. Lo mismo regiría para el caso de que *A* hubiese causado la muerte de *B*, ignorando que su comportamiento ejemplificaría la clase de acción prohibida “matar a otro”, pero habiendo podido advertirlo, si hubiese aplicado cierta medida de cuidado al efecto. En un tal caso, el objeto de imputación seguiría siendo el mismo que en el primero, con la diferencia de que el fundamento de una eventual imputación (subjettiva) variaría³²³. Por último, si, a la inversa, para *A* hubiese resultado absolutamente inevitable causar la muerte de *B*, y dicho déficit no fuese a su vez imputable al propio *A*, esta circunstancia no tendría el efecto de suprimir el hecho de que *A*, en efecto, habría ejecutado un comportamiento prohibido, aunque no subjettivamente imputable. De tal diferencia, según fuese señalado, se sigue la necesidad de distinguir entre un (mero) comportamiento antinormativo y otro constitutivo de injusto de acción (o, como también cabría decir, de una infracción de deber dolosa o imprudente).

2. La imprudencia como *aliud* frente al dolo

Si existe o no una relación lógico-conceptual entre dolo e imprudencia es un tema que ha cobrado interés últimamente. Frente a la que podría llamarse tesis tradicional, esto es, la de que dolo e imprudencia constituyen categorías con elementos conceptuales diversos, actualmente tiende a imponerse la que advierte entre ellos una diferencia nada más que gradual. So riesgo de simplificación, esta mudanza de paradigma puede atribuirse, entre otros factores, al progresivo abandono del “elemento volitivo” del dolo, al apogeo de teorías que privilegian la noción de cognoscibilidad como núcleo de la imprudencia, y al reconocimiento de la identidad del “tipo objetivo” de los delitos dolosos e imprudentes, especialmente desde la teoría de la imputación objetiva³²⁴. Dado que a la clase de relación que se profese entre dolo e imprudencia subyace una serie de compromisos teóricos de alta relevancia, y que afectan directamente a algunos argumentos sobre los que versa esta

³²² DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, p. 203, pone de relieve la ambigüedad de la expresión ser responsable “por”, pues dicha preposición puede aludir tanto al objeto como a la razón de por qué se es responsable. Ahora bien, la distinción esquematizada en el texto es solo parcialmente coincidente con la que traza Dan-Cohen, quien diferencia entre la base de responsabilidad y el sujeto de responsabilidad, en el contexto del análisis de casos en que alguien es responsable por hechos ajenos imputables como propios.

³²³ Así, HRUSCHKA, *JZ*, 1 (1997), p. 24.

³²⁴ A pesar de que la tendencia hodierna de unificar conceptualmente dolo e imprudencia presente a esta última como categoría de referencia, no puede preterirse el hecho de que la maniobra contraria, esto es, tematizar la imprudencia (consciente) como dolo de peligro, reconoce antecedentes remotos (pasando por Stübel, Engisch y Arthur Kaufmann, por ejemplo) y todavía puede advertirse en algunos autores. Véase al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 712 y ss.

investigación³²⁵, en lo que sigue se presenta una sumaria exposición y crítica de ciertas variantes de la tesis del *plus-minus*, para luego sustentar la visión opuesta.

Una primera forma de articular el argumento sometido a examen es sostener que, a partir de una concepción cognitivista del dolo, este reuniría ya todos los presupuestos de la imprudencia. Así, la responsabilidad por un hecho imputable a dolo no se fundamentaría de manera distinta a la imprudencia; la primera resultaría nada más que una forma cualificada de la segunda, a raíz de la adición de un mayor peligro (o probabilidad) con respecto a la realización del resultado³²⁶. En segundo lugar, sin ser necesariamente incompatible, sino en ciertos casos complementaria de la tesis previa, se inscribe la tendencia a fundamentar la relación gradual entre dolo e imprudencia a partir de argumentos estrictamente normativos que permitirían tener a los delitos imprudentes cual “prototipo de injusto penal”. Así, si en estos últimos casos —se afirma— lo prohibido es la creación de situaciones de riesgo para determinados bienes jurídicos, semejante prohibición reuniría “las condiciones mínimas de un hecho punible, las cuales necesariamente también deben ser cumplidas en los hechos dolosos”³²⁷, todo lo cual incluiría, desde luego, la infracción del cuidado exigible en el tráfico. En tercer lugar, según portavoces de tesis diseñadas al hilo de la noción de evitabilidad, tanto la exigencia de la infracción de la norma de comportamiento como de la evitabilidad, rigen del mismo modo para el dolo y la imprudencia, por lo que “el injusto doloso no es algo así como un *aliud* frente al injusto imprudente, sino que representa una cualificación del mismo”³²⁸.

Ahora bien, a un lado lo relativo a las magnitudes de pena, que en última instancia siempre denotarán grados dispares de desvalor y de reproche³²⁹, desde una arista estrictamente

³²⁵ Por ejemplo, frente a la pregunta básica de si los presupuestos y la estructura de la coautoría resultan o no modificados según el criterio de imputación subjetiva aplicable; o a propósito de la factibilidad de una coautoría con divergencia en los criterios de imputación subjetiva en los coautores (o “coautoría mixta”).

³²⁶ Cfr. PUPPE, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, § 15/5, entendiendo el dolo, caso especial de imprudencia, como representación cualificada del peligro de resultado.

³²⁷ Así, ROSTALSKI, *GA* (2016), pp. 83, 87 y 89. Véase también FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 7/39. Sin embargo, nótese que, junto con defender la tesis del *plus-minus*, ambos autores patrocinan una diferencia cualitativa entre dolo e imprudencia, en función del diverso injusto de acción que cada criterio fundamenta.

³²⁸ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 373. Según Pawlik, si al autor no se puede hacer ningún reproche por vía de imprudencia, porque no ha lesionado su “incumbencia de esfuerzo” (*Bemühensobliegenheit*), entonces queda excluido también un reproche por dolo (cfr. *ibidem*, pp. 343 y s., nota 528). Por otro lado, véase también PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, pp. 145, 148 y 193, para quien, culpa y dolo son solo manifestaciones diferentes de evitabilidad personal; la primera no es “irregular, ni por tanto excepcional, sino simplemente una medida de evitabilidad menos grave que la del dolo”.

³²⁹ La diferencia cualitativa no obsta a una cuantitativa en relación con la pena de que se hacen respectivamente merecedoras, ya que cada forma de injusto se manifiesta a su vez en diferentes grados de culpabilidad. Lo anterior debiese neutralizar la objeción de que a un sujeto no podría dirigírsele el reproche más grave —por la vía del dolo— si no tiene lugar el reproche menor —por medio de la culpa—, pues de ello no se sigue en modo alguno que el reproche mayor *tenga que* edificarse sobre la base conceptual del menor, especialmente si responden a fundamentos diversos.

conceptual de la controversia, que es la que interesa por de pronto, la tesis seguida en esta investigación es contraria a las recién expuestas.

Como habrá podido observarse, la primera de las formas reseñadas de justificar una relación conceptual de índole gradual conjuga dos premisas: por un lado, la existencia de un núcleo duro común, y, por el otro, de algún elemento diferenciador aplicable al dolo, que acaban haciendo de él un caso especial de imprudencia, y de esta última, en tanto que presunta *lex generalis*, la categoría básica de imputación subjetiva. Con ello, al quedar el dolo referido conceptualmente a la imprudencia, la relación establecida sería semejante a la que existe entre un tipo básico con su respectivo tipo agravado³³⁰. Con arreglo al método de la intensión y la extensión como herramienta semántica de análisis, puede advertirse que, desde semejante punto de vista, el dolo sería presentado como una subclase (de imputación subjetiva) contenida en la clase imprudencia. Sin embargo, esta afirmación es altamente problemática, ya que, si todo delito doloso efectivamente comenzara como imprudente, la adición de propiedades al hecho (que ganaría así en intensión) debiese redundar en una menor órbita de casos aplicables (pues, en contrapartida, perdería en extensión)³³¹, cuando, en realidad, existe una plétora de constelaciones en las que la imputación a título de dolo parece ser la única modalidad disponible³³².

En cuanto a la segunda vía argumental, concerniente a la arquitectura de la imputación a título de dolo, resulta asimismo dudoso que la infracción de una exigencia de cuidado encuentre lugar útil en ella. Pues la identidad del objeto de imputación atribuible a uno o más sujetos por vía de dolo o imprudencia no se sigue de la extrapolación de los elementos de la segunda al primero (ni tampoco a la inversa), sino de que la antinormatividad de un comportamiento es establecida mediante una operación que no exige consultar un criterio de imputación subjetiva. Pero, aunque por mor del argumento se asumiese que, tratándose de hechos dolosos, el juicio relativo a la creación o incremento de un riesgo jurídicamente

³³⁰ Por ejemplo, caracterizando expresamente al delito doloso como *lex specialis* con relación al delito imprudente, PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, Vor § 52/10.

³³¹ La regla básica que gobierna este método reza: “a mayor intensión, menor extensión”, y viceversa. Con aplicación al ámbito jurídico, véase, por vía de ejemplo, JOERDEN, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, p. 129.

³³² Partiendo por la constatación de que, si la imprudencia fuese el “injusto prototípico”, entonces aquello que debiese ser regulado con mención expresa habrían de ser los supuestos en que no deviene punible, y no, como suele ser el caso, el *numerus clausus* al que se sujeta la disciplina legal de su castigo. Además, difícilmente podría calificarse como “injusto básico” a una categoría que, con el beneplácito de la doctrina dominante, solo se corresponde con la consumación; y, sin embargo, atribuir carácter especial a aquella otra que se compatibiliza con cualquier modalidad de ejecución imperfecta. Algo similar cabría apreciar con relación a ciertos hechos delictivos en los que la antinormatividad, excepcionalmente, depende de la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional, que casi siempre es incompatible con la culpa. En fin, una graduación lógico-conceptual como la comentada suscita obvias dudas con respecto al dolo directo de primer grado, pues el concepto de intención da pábulo a un contexto intensional incompatible con el que podría esperarse que comprima la “*intensio* básica”, que ha pretendido reconducirse a la imprudencia.

desaprobado —como primer nivel de la imputación objetiva del resultado, o estrictamente como comportamiento típico *ex ante*, según la versión que de esa teoría se favorezca— es un juicio que equivale a pronunciarse sobre la infracción del “deber de cuidado”³³³, cabría considerar lo siguiente: la afirmación de evitabilidad actual con respecto a la realización de un tipo —fundada en la suficiencia de las capacidades físicas y epistémicas de evitación con las que dispone un agente doloso— hace innecesario recurrir a categorías cuya prestación consiste en fundamentar la imputación en situaciones de déficit. Esto quiere decir: en todo caso, la imputación a título de dolo no se *basaría* en la infracción de una exigencia de cuidado, pues en los escenarios en que se aplica este criterio de imputación el sujeto ya cuenta actualmente con las capacidades suficientes para evitar la realización de las circunstancias fácticas descritas en el respectivo tipo delictivo³³⁴.

Por último, la construcción de un concepto general de evitabilidad en el que se disolverían concretas magnitudes de “lo evitable”, según una visión arriba sintetizada, también presupone que en la imprudencia exista algún grado de conocimiento, justamente con arreglo al cual se tornaría posible afirmar que, *bajo ese mismo parámetro*, el hecho pudo (en alguna medida menor) haberse evitado. Sin embargo, precisamente porque la clase de evitabilidad en la que se fundan dolo e imprudencia son diversas, como intentará mostrarse en lo sucesivo, tampoco puede aseverarse que el dolo sea una cualificación de la imprudencia, ni que esta última, a su vez, represente una medida atenuada de dolo.

Según la comprensión aquí patrocinada, dolo e imprudencia se sitúan en una relación de *aliud*. Pero no porque se defienda la existencia de un elemento “volitivo” en el dolo, o se considere que, de otro modo, se volvería impracticable su diferencia con la llamada imprudencia “inconsciente”, ni, por fin, porque la norma de comportamiento infringida sea distinta; más bien, esta diferencia cualitativa descansa en que los presupuestos de cuya satisfacción depende la aplicación de una y otra categoría son mutuamente excluyentes.

³³³ Así, ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2019, § 24/10. Puntualiza la equivalencia intensional entre ambos juicios ya MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 692 y s.; EL MISMO, *Antijuridicidad penal*, p. 384, nota 39, advierte que el nexo entre la teoría de la imputación objetiva y la imprudencia es reconocible incluso antes de que surgiera la primera, a partir de la relación entre la imprudencia y la teoría de la adecuación. Cfr. EL MISMO, *ADPCP* (2000), p. 174, nota 5, en cuya opinión, dado que la infracción del deber objetivo de cuidado no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, por la vía de trasladar su examen desde la culpabilidad al injusto, la doctrina tradicional acaba privando al tipo imprudente de un tipo subjetivo.

³³⁴ En el mismo sentido, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 232. Por otro lado, resultaría contraintuitivo designar simultáneamente como imprudente (o contraria a cuidado) la conducta de quien, por ejemplo, con dolo directo de primer grado (intención), mata violentamente a otro. En este último sentido, véase VOGEL, en TIEDEMANN *et. al* (coords.), *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, § 15/19. Entre otras cosas, ello se debe, como bien puntualiza CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 63, a que el concepto de cuidado “no es adecuado para definir una conducta de la cual se conoce su exacta peligrosidad”.

En efecto, la imputación a título de dolo representa un criterio ordinario de imputación (subjetiva), pues a través suyo se atribuye a un sujeto una evitabilidad primaria con respecto a la realización del respectivo tipo, fundada en las capacidades físicas y epistémicas que hacían posible para él evitar —por regla general— de manera actual su realización. A la inversa, una imputación a título de imprudencia opera de manera extraordinaria, pues presupone, por un lado, un déficit en la capacidad actual de evitación del agente, pero también la imputabilidad por dicho déficit, con arreglo a la cual puede predicarse al menos una evitabilidad secundaria con relación al hecho típico en cuestión³³⁵. Como se aprecia, tanto el dolo como la imprudencia son criterios de imputación (subjetiva), pero se distinguen por la *base* que cada uno suministra para dicha imputación y, en consecuencia, también por la *estructura* bajo la cual se organiza dicha operación adscriptiva³³⁶.

Que a partir de la vía recién enunciada sea posible construir una capacidad de evitación secundaria no significa que, por el hecho de ser factible, se encuentre inmediatamente justificada. En virtud del principio de responsabilidad por el hecho, en conjunción con el de culpabilidad (en sentido amplio), toda instancia de responsabilidad jurídico-penal debiese dar cuenta de una relación agencial (cuando menos indirecta) entre el sujeto y el hecho que pretende imputársele. Una relación de agencia, sin embargo, presupone no solo la posibilidad de orientar nuestro comportamiento en determinada dirección, sino también la de mantenerlo bajo relativo control; de ello se sigue que, en principio, alguien solo podría ser responsable por sucesos que se hallan subordinados a su guía, coordinados por lo que —con Raz— cabría llamar “principio de funcionamiento racional”³³⁷. Lo relevante aquí es que dicha afirmación exhibe un carácter bidireccional. Esto significa que tal principio no se restringe a la explicación de conductas que se corresponden con un empleo correcto o simplemente suficiente de la capacidad de agencia, sino que exhorta a ejercitar dichos poderes de la manera correcta. Los déficits en las propias capacidades pueden reconducirse a diversas fuentes, tales como la privación o insuficiencias en la percepción sensorial, fallos en el control motor, temeridad o irreflexión en tareas ejecutivas; pero también a simples olvidos, falta de atención, o interferencias en el proceso de formación de creencias que redundan en conclusiones aceleradas en el razonamiento práctico. Dicho esto, sin embargo, se vuelve crucial insistir en que no se trata de una responsabilidad *por*

³³⁵ KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), p. 24: “[l]a imputación a título de imprudencia se distingue así por una doble evitabilidad: la evitabilidad de la realización típica que se sigue de una falta de cuidado evitable”.

³³⁶ Sobre la imprudencia como sucedáneo del dolo faltante y/o modalidad de imputación extraordinaria, sin afán de exhaustividad, y desde posturas no necesariamente homogéneas, véase HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., pp. 325 y ss.; JOERDEN, *Strukturen*, p. 46; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 91 y ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen erfolgsdelikt*, 1992, pp. 23 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 77 y ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 211; HAAS, *Kausalität*, p. 300; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, pp. 543 y s.; MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 72 y ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 252 y ss.; REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 144 y ss.; VARELA, *Dolo y error*, pp. 568 y ss.; VALIENTE IVÁÑEZ, *RECPC*, 22 (2020), pp. 14 y ss.

³³⁷ Para esto y lo que sigue, RAZ, *From Normativity to Responsibility*, pp. 227 y ss., 243 y ss.

el propio déficit —que no se alza así en objeto autónomo de imputación—, sino de una responsabilidad que logra fundamentarse, a pesar de dicho déficit, por otros comportamientos que sí podrían estar sujetos al control del agente, y que este tendría que haber considerado para efectos de poder prever y evitar las consecuencias derivadas de sus acciones, tal y como reza la máxima *respice finem*³³⁸.

Según lo dicho, y como pronto habrá oportunidad de desarrollar, la imputación a título de imprudencia se basa en el reconocimiento de una evitabilidad secundaria en el agente. A diferencia del dolo, en donde el potencial autor no evita un comportamiento que, al momento de ser ejecutado, representa para él una instancia (cuando menos) eventual de realización típica, en la imprudencia, el agente no asocia dicha posibilidad como una consecuencia probable de su comportamiento, pero podría haber estado en condiciones de advertirlo si hubiese aplicado las medidas de cuidado que asegurasen sus capacidades. Por ende, la diferencia entre dolo e imprudencia no se funda en el objeto de imputación, ni en “grados de conocimiento” y, por tanto, de evitabilidad, sino en el objeto de tal “conocimiento”, así como de aquello respecto de lo cual dicha evitabilidad se predica³³⁹. De ahí que, en definitiva, de cara a la realización de un tipo delictivo, la imprudencia se presente como un criterio de imputación fundada en una “inevitabilidad evitable”³⁴⁰.

Junto con lo anterior se impone otra importante precisión: que la imprudencia opere como criterio de imputación extraordinaria y, por ende, de subrogación del dolo faltante no significa que lo reemplace. Justamente porque la atribución a título de imprudencia presupone un déficit en las capacidades actuales de evitación del agente, la infracción imputable de una exigencia de cuidado, como fundamento de una capacidad de evitación secundaria, necesita conservar la mirada en dicho déficit, pero sin asumir la tarea de “asemejar” la realización del tipo bajo un déficit evitable a la realización de un hecho doloso. Así, dado que se trata solo de un presupuesto, y no de un rasgo definitorio, yerra en el punto la objeción merced la cual “la negación de un elemento del injusto [el dolo] no puede ser en sí ningún elemento del injusto [imprudente]”³⁴¹. Por otro lado, que sea una instancia de subrogación del criterio de imputación subjetiva aplicable, mas no de sustitución, permite acentuar que el saldo de dicha operación no ha de ser entendido cual

³³⁸ Invoca este principio también RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 227.

³³⁹ KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA* (1994), pp. 208 y s. En sentido similar, CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *DJP*, 4 (2011), p. 11: aun cuando el elemento cognoscitivo sea propio, “tanto del dolo como de la imprudencia, el contenido del conocimiento es distinto en uno y otro caso”.

³⁴⁰ Así, MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCP*, 3 (2015), p. 18. Sobre la idea de evitación de una situación de inevitabilidad, cfr. REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 144 y ss.; sobre la relación entre imprudencia y evitabilidad, en la misma dirección, VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis inédita), pp. 329 y ss.; y VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 79, caracterizando a la imprudencia como la “capacidad de evitación intencional esperable y alcanzable”. Con ulteriores referencias, cfr. *infra* apdo. II.1.

³⁴¹ Así reza la crítica de PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., § 15/5.

ficción, bajo cuyos términos al agente imprudente se imputaría la realización del tipo “como si” hubiese dispuesto de las capacidades necesarias para evitarlo actualmente.

Dicho esto, pueden efectuarse algunas consideraciones sobre diferencias en la norma de sanción aplicable según si un hecho se imputa a dolo o a imprudencia. En primer lugar, cabría insistir en que la identidad de la norma de comportamiento quebrantada impide que esta diferencia pueda descansar en el plano de la antinormatividad³⁴². Contemplado objetivamente, no es más grave el comportamiento doloso que el imprudente —relación que Moore problematiza bajo el rótulo de “efecto afrodisíaco” de la culpabilidad en la causalidad³⁴³—, ni tampoco en sí mismo más peligroso: solo ocurre que la idoneidad de las acciones o medios escogidos por un agente al que podría imputarse dolo asiduamente es superior. En cambio, la razón que justifica un tratamiento punitivo diferenciado entre dolo e imprudencia se encuentra en el diverso injusto de acción a cuya afirmación conducen: en el primero, con base en la capacidad actual de evitación de la que dispuso el agente, se trata de la infracción dolosa del deber que a su respecto se deja fundamentar a partir de la correspondiente norma de comportamiento; en la imprudencia, por su parte, se trata de una infracción de deber fundada en la falta de aseguramiento (imputable) de una capacidad de evitación de la que el sujeto carece al momento de realizar el tipo³⁴⁴.

Por último, el carácter subsidiario y extraordinario de la imprudencia como criterio de imputación subjetiva se compagina igualmente con ciertos aspectos *de lege lata*, como la incompatibilidad de la imprudencia con algunos tipos delictivos, el régimen de *numerus clausus* que sobre su castigo acoge la mayoría de los ordenamientos y, como acaba de apuntarse, el castigo asiduamente atenuado con respecto a la imputación a dolo, fundada en que esa subrogación no conduce a una equiparación entre ambos títulos de imputación.

³⁴² Que el hecho es objetivamente el mismo, y solo varíe el tratamiento que se le dispensa es algo que se aprecia en la vida cotidiana, y que puede ilustrarse con el siguiente ejemplo de STRAWSON, *Freedom and Resentment*, p. 6: “si alguien me pisa la mano accidentalmente mientras intenta ayudarme, el dolor no será menos agudo que si lo pisa con desprecio o con intención de herirme”. En cambio, la clase e intensidad de la actitud reactiva frente a dicho comportamiento será en cada caso distinta.

³⁴³ MOORE, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, 2009, pp. 132 y ss.

³⁴⁴ Dado que la culpabilidad recae sobre el injusto, ella también tendrá que ser superior tratándose de hechos imputables a dolo que a imprudencia. Esto se vuelve evidente en casos de imprudencia provocados por un déficit epistémico, pues, dado que quien padece un error de tipo, por añadidura, padecerá un error con respecto a la valoración de su comportamiento como uno prohibido, la infracción de deber imprudente no representa una falta de reconocimiento de la norma tan intensa como lo es la infracción de deber dolosa, en la medida en que, además, al sujeto asista la respectiva conciencia de antijuridicidad. Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Mir Puig*, p. 740: “quien incurre en un error de tipo, yerra a la vez de forma inevitable sobre la ilicitud de su conducta concreta”. En todo caso, nótese que lo anterior no obsta a que ambas clases de errores sigan siendo diferenciables —no son dos subclases de una misma categoría—, pues el error de tipo es un error extensional (o de referencia), en tanto que el de prohibición es un error intensional (o de sentido), por lo que no todo error de prohibición, a su vez, tiene que estar fundado en un error de tipo.

3. Dolo como estructura de imputación ordinaria

A quien se imputa a título de dolo la realización de un comportamiento potencial o efectivamente antinormativo, se atribuye una capacidad primaria de evitación al respecto. El carácter primario de tal capacidad reside en que, al momento de ejecutar (u omitir la ejecución de) una acción³⁴⁵, el agente dispone de las capacidades epistémicas y físicas para evitar su realización. Estas últimas también son necesarias, pues, de otro modo, aunque un sujeto advirtiera la posibilidad de que su comportamiento satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, si careciese del control físico para abstenerse de ejecutarlo, entonces una imputación a título de dolo tendría que resultar igualmente descartada³⁴⁶.

Efectuada esta precisión, y dado que, para una potencial imputación a dolo, generalmente se da por presupuesta la capacidad física del agente —sea para abstenerse de ejecutar la acción prohibida, sea para ejecutar la acción debida—, el interés puede concentrarse en la dimensión cognitiva del complejo de capacidades que configuran su poder de evitación. Al respecto, en esta investigación se adoptará como punto de partida una aproximación más cercana a las tesis “cognitivistas” de dolo, por oposición a las tesis tradicionalmente llamadas “volicionistas”.

Como se sabe, bajo la etiqueta de teorías volicionistas —aunque también bajo la de teorías cognitivistas— suele agruparse un heterogéneo conjunto de criterios de delimitación entre dolo (eventual) e imprudencia (“consciente”), cuyo denominador común reside en exigir, junto con el “elemento cognitivo”, también un “elemento volitivo”, cuya conjunción permita predicar de un sujeto el hecho de haber “conocido” y “querido” la realización del respectivo hecho delictivo. A su vez, en lo que concierne al contenido específico de dicho elemento volitivo, existe una amplia variedad de fórmulas: “aceptar el resultado”, “resignarse con la producción del resultado”, “tomar una decisión por la posible lesión

³⁴⁵ Es decir, la capacidad actual de evitación intencional se predica respecto de la ejecución de la acción, y no necesariamente al momento en que tiene lugar el resultado que es consecuencia causal de ella. Piénsese, por ejemplo, en quien programa una bomba en un edificio para que explote 24 horas después, momento en el que el autor se encuentra ya en lugar lejano, incapacitado de desactivarla. Desde luego, para que dicho comportamiento sea susceptible de ser descrito, además, como la acción de matar a otro será necesario que, efectivamente, la muerte de otro cuente dentro del espectro de sus consecuencias causales, lo que no alterará el hecho de que la acción habría sido ejecutada 24 horas antes, y que entonces el autor disponía plenamente de sus capacidades de evitación. Esta precisión puede ser relevante también para los casos de autoría mediata, ya que es del todo factible que el “sujeto de atrás” ya en T_1 haya contado plena y suficientemente de la capacidad intencional para evitar la creación o disposición de una conexión situacional entre su comportamiento y el del “sujeto de delante”, en el que podría haber “soltado de la mano el suceso” en T_2 .

³⁴⁶ Sobre el componente físico de la capacidad de evitación intencional, KINDHÄUSER, GA (1994), p. 203; MAÑALICH, *Nötigung*, p. 56; VALIENTE IVÁÑEZ, *RECPC*, 22 (2020), pp. 16 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 71. Desde otra perspectiva, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 468, registra que, probablemente movida por un afán clasificatorio producto del positivismo naturalista, la doctrina generalmente separa “artificialmente el dolo de la acción”.

del bien jurídico”, “tomarse en serio la posibilidad del resultado”³⁴⁷, entre muchas otras. Al margen de lo imprecisa que resulta su caracterización como “teorías volicionistas”³⁴⁸, existen razones de peso para cuestionar la necesidad y pertinencia de generalizar la exigencia en el agente de un componente valorativo —es decir, que tenga que efectuar un juicio que asuma la forma de una “*actitud pro*” con respecto a la realización del tipo³⁴⁹— para la adscripción de dolo. A fin de proceder a una breve ponderación de este grupo de criterios, conviene notar que las creencias son involuntarias y, con ello, indisponibles para quien las tiene; a la inversa, la aceptación o aprobación de algo sí está sujeta a decisión del agente³⁵⁰. De ello se sigue la independencia entre creer y aceptar la verificación de un suceso, por lo que pueden distinguirse, cuando menos, los siguientes cuatro escenarios.

En primer lugar, un sujeto puede no creer ni aceptar algo. Desde luego, en un tal caso, ambos grupos de teorías, cognitivas y volicionistas, descartarían el dolo. En segundo lugar, un sujeto puede creer y, además, aceptar algo. De nuevo, ambos grupos de teorías coincidirían, validando una imputación a dolo, aunque su fundamentación sería distinta. Para una teoría cognitivista, la creencia (o el conocimiento, según sus versiones más extendidas) de estar realizando las circunstancias fácticas del tipo respectivo es condición necesaria y suficiente; para una teoría volicionista, en cambio, se requiere además de alguna aprobación o aceptación de ese resultado. En tercer lugar, un sujeto puede aceptar (o incluso querer) la producción de cierto resultado, pero no creer que su acción lo condicionará. En este escenario, para una teoría cognitivista, el análisis debiese detenerse al faltar el componente cognitivo del dolo. A esta misma conclusión tendría que llegar una tesis volicionista³⁵¹. Pero es relevante notar que, en esta tercera hipótesis, si un sujeto ha descartado cierto resultado como consecuencia causal de su acción, entonces solo podría aceptar la idea de ese resultado en términos puramente hipotéticos, pero no como

³⁴⁷ Esta última es la clásica tesis de STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general* (trad. Cancio Meliá, Sancinetti), vol. I, 4ª ed., 2005, § 8/117 y s. Para aproximaciones similares, véase también MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 10/101; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., 2019, pp. 252 y ss.; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, § 15/84. Para una detallada revisión crítica de estas y otras teorías volicionistas afines RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 97 y ss.

³⁴⁸ Como acertadamente señalara ya NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 36, a diferencia de la intencionalidad, la voluntariedad no es una propiedad que sea relativa a una descripción. Por ejemplo, si alguien, por un movimiento causado por un tic nervioso, rompe una pieza de cristal, ese comportamiento será involuntario no solo bajo la descripción “romper una pieza de cristal”, sino también bajo la de “mover el brazo”. Por el contrario, lo que generalmente analizan las teorías volicionistas del dolo no es la voluntariedad del hecho propiamente tal, sino el juicio evaluativo del agente con respecto al mismo. Por otro lado, en las teorías “volicionistas” se utiliza un concepto de acción que gira sobre la base de un comportamiento cuya voluntariedad no es coextensiva con el elemento “volitivo” tradicionalmente incluido en el dolo. Sobre esto último, cfr. las observaciones de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 429.

³⁴⁹ Sobre la noción de “actitudes pro” (*pro attitudes*), como actitud en favor de una acción, véase DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, 2001, pp. 3 y ss., 83 y ss.

³⁵⁰ BRATMAN, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, 1999, p. 19.

³⁵¹ Salvo que se acoja alguna variante que considere posible que, en ciertos casos, un componente cognitivo de baja intensidad pueda compensarse a partir de un contenido actitudinal intenso.

consecuencia de su acción, ya que esa posibilidad ha sido epistémicamente desechada³⁵². En cuarto y último lugar, un sujeto puede creer que su acción producirá un determinado resultado, pero no aceptarlo. Este es el *quid* de la controversia entre ambos grupos de teorías. Según los enfoques volicionistas, la exigencia de aprobación o aceptación referida a la producción del resultado (“tomarlo en serio”, “conformarse con él”, “resignarse”, etc.), aparentemente introduciría una restricción a la imputación a dolo. Con todo, esta pretensión tropieza con el problema de que una alegación consistente en “no querer” que se produzca el resultado, pero habiendo advertido a la vez que este podría ser una consecuencia causal derivada de la ejecución de cierta acción, y pudiendo abstenerse de ello, es una clase de alegación que obligaría al agente a reconocer una autocontradicción pragmática: “el signo primitivo de querer [algo] es intentar obtener[lo]”³⁵³. Además, resulta que en los supuestos en que podrían mostrarse como más restrictivas, algunas teorías volicionistas precisamente retroceden. Esto es lo que sucede con los casos de confianza irracional, es decir, cuando el agente, habiendo advertido la posibilidad de que se realice el tipo, confía de manera absolutamente infundada, y contra todo pronóstico, de que el resultado en definitiva no tendrá lugar³⁵⁴. Por último, contra las teorías volicionistas todavía cabría objetar que la afirmación de una aceptación o aprobación con respecto a la acción que se ejecuta, por sí misma, no se traduce en ningún refuerzo en la capacidad de evitación por parte del agente, suficientemente fundada ya en el componente cognitivo (y físico, que se da por supuesto). En consecuencia, si a dicha capacidad de evitación nada añade la aprobación o aceptación del resultado, su ausencia tampoco podría restar algo. De ahí que, como señalan algunos autores, no existan causas de exclusión del dolo por faltar ese presunto elemento volitivo³⁵⁵.

³⁵² Esto genera un problema para las teorías volicionistas, pues, si algún sentido tuviese exigir que un sujeto apruebe la producción de cierto resultado, este debiese estar conectado con su acción, por lo que, en definitiva, bajo estos términos, la aceptación requeriría como presupuesto práctico —no teórico— aquel componente cognitivo. Por otro lado, como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 735, un sujeto podría desear fervientemente causar la muerte de otro, pero no habrá dolo solamente por la intención (o, como se ha registrado aquí, por el mero deseo) de obtener ese resultado. Así, lo fundamental es que la presencia de dicha actitud no puede compensar la falta del componente cognitivo del dolo.

³⁵³ ANSCOMBE, *Intención* (trad. Mosterín), 1991, p. 124. Para tal autocontradicción pragmática, HRUSCHKA, «Sobre la difícil prueba del dolo» (trad. Ragués i Vallès), en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, p. 183. Cfr. BINDING, *Die Normen*, vol. IV, p. 419: “[e]n la medida en que conozco las propiedades de una acción, tengo que querer conscientemente la acción con estas propiedades”; y CORCOY BIDASOLO, *DJP*, 4 (2011), p. 10: “el 'comportamiento voluntario' está, necesariamente, en relación con los conocimientos que el sujeto tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta (...)”.

³⁵⁴ Ante tales hipótesis, las teorías restringidas del consentimiento no conceden relevancia a la ausencia de aprobación por parte del agente, pues se considera, desde dicha perspectiva, que una confianza irracional no podría contar, valorativa o normativamente, como confianza excluyente de dicha aprobación. Con todo, si bajo tales circunstancias habría de excluirse una imputación a dolo, ello se debe justamente a la existencia de una creencia errónea que hace decaer su elemento cognitivo. A esta conclusión arriba RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 168, al señalar que “la confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere”.

³⁵⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 736; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., p. 650.

El terreno ganado por las teorías cognitivas durante las últimas décadas aparece amenazado por la tendencia —en franca expansión— a relativizar o incluso prescindir del componente cognitivo del dolo, privilegiando, en su lugar, ideas como la indiferencia o el merecimiento de reproche. Esta discusión se plantea especialmente a propósito de la llamada ignorancia deliberada, lo que cabe ser valorado críticamente. En efecto, cuando estos supuestos no constituyen instancias de autoengaño —el sujeto desearía no saber lo que, en efecto, ya sabe—, ni, por ende, son susceptibles de imputar ya a dolo eventual, sino que más bien representan auténticos casos de ignorancia provocada, solamente se generan las condiciones para una imputación extraordinaria. No parece apropiado que la atribución a dolo pueda sustentarse únicamente en el estado de cosas que —en la dirección de un creciente sector doctrinal— el agente habría *debido* tener por verdadero³⁵⁶. Pues no por provocada la ignorancia deja de ser tal. El factor, de indudable mayor reprochabilidad, no puede compensar el déficit epistémico que padece el agente. Desde luego, a nivel de capacidad de acción, la imprudencia no es la única forma concebible de imputación extraordinaria; sin embargo, siendo la única disponible *de lege lata*, ese mayor reproche solo parece susceptible de ser reconducido a la determinación de la pena.

Ahora bien, lo registrado hasta el momento permite introducir una noción objetiva de dolo, conforme la cual, para su adscripción, la presencia de una intención en el agente interesa en forma puramente negativa. Esto se corresponde con el principio de contrafacticidad de la imputación jurídico-penal, que, con Mañalich, puede ser formulado del modo en que sigue:

“(…) el solo hecho de que una determinada acción no haya sido ejecutada o no haya sido omitida en una situación en la cual una norma fundamentaba el deber de ejecutar u omitir tal acción, sirve de base para concluir, en la forma de un argumento (“destrutivo”) en *modus tollendo tollens*, que la respectiva inferencia práctica en efecto no tuvo lugar”³⁵⁷.

Por tomar como presupuesto ya la configuración del objeto de imputación —es decir, de un comportamiento que el agente habría tenido la necesidad práctica de omitir o de ejecutar si hubiese hecho del seguimiento de la respectiva norma primaria una razón vinculante para su acción—, desde la óptica del Derecho, como sistema externo de

³⁵⁶ Cfr., por ejemplo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 387 y ss., quien, luego de criticar a la teoría de la representación tradicional el hecho de seguir anclada a una concepción psicologista de dolo, que toma como base la representación del peligro que el autor efectivamente tuvo, sugiere avanzar a otra que se centre en el valor expresivo del comportamiento, lo que se alcanzaría si la situación fáctica fuese valorada *in toto* mediante un baremo objetivo. Entre otras cosas, esto permitiría equiparar el conocimiento real con el desconocimiento grave e inexcusable (cfr. *ibidem*, p. 394).

³⁵⁷ MAÑALICH, *RCD*, 44 (2017), p. 470. En análogo sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 35: “[c]ondición para la suposición de una infracción de deber es que el autor no actúe como él podría y debería, si lo debido hubiese sido su objeto intencional; quien no hace (u omite) aquello que podría y debería hacer (u omitir), si quisiera lo prescrito, demuestra que no reconoce la norma como razón vinculante para la acción” (cfr. *ibidem*, pp. 54 y ss., 96 y s.). Véase también, REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 137 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 68; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 75.

regulación de conductas, no interesa —ni es generalmente necesario— indagar la efectiva “intención con la cual” un sujeto ha realizado cierto comportamiento, en la medida en que se sabe que, al menos, esa intención ha sido cualquier otra menos la de actuar de acuerdo con lo que dicha norma prohíbe o requiere. Ahora bien, para que este argumento pueda plantearse es necesario partir de la base de que en el razonamiento del agente la respectiva norma de comportamiento *podría* haber figurado como premisa mayor, para lo cual, a su vez, resulta determinante considerar que la noción de contrafacticidad es normativa, no predictiva³⁵⁸. Esto permite levantar el argumento sin necesidad de fundarlo en el pronóstico de cómo se comportaría un sujeto determinado, sino en cómo se espera que se comporte cualquiera en tanto que destinatario de dicha norma.

De lo sostenido hasta el momento cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, una imputación a título de dolo no requiere identificar en el agente un componente actitudinal positivamente comprometido con la realización del respectivo tipo delictivo. Más bien, en su forma básica, y dándose por presupuestas las capacidades físicas del agente, el dolo se construye por referencia a un componente epistémico, con arreglo al cual puede atribuirse una *capacidad de evitación intencional*³⁵⁹. Pues el hecho de que un sujeto advierta la posibilidad de que su comportamiento satisface o satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, teniendo la capacidad física para abstenerse de ejecutar ese comportamiento, permite predicar de él, con independencia de cuál haya sido su intención real, que esta, en cualquier caso, no ha sido la de adoptar dicha norma de comportamiento como premisa vinculante. En segundo lugar, la categoría más básica de dolo se corresponde con el dolo eventual³⁶⁰. El dolo directo de primer grado, en cambio, se presenta como una cualificación, por exigir excepcionalmente que el agente no solo haya ejecutado de manera intencional el comportamiento que satisface (o podría satisfacer) la respectiva descripción típica, sino que también haya ejecutado ese comportamiento “con la intención de” realizar esa acción³⁶¹. Contra la caracterización del dolo eventual como categoría básica podría objetarse que los casos más claros de dolo

³⁵⁸ Por esto, que la norma de comportamiento ocupe el lugar de premisa mayor descansa en una hipótesis normativa con respecto al seguimiento de la norma. Al respecto, KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), pp. 16 y ss.; MAÑALICH, *InDret*, 1 (2013), p. 7.

³⁵⁹ Cfr. MAÑALICH, *RCD*, 44 (2017), pp. 471 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 70 y ss.

³⁶⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *DJP*, 4 (2011), pp. 10 y 12; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 186; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., p. 650.

³⁶¹ Por ejemplo: A efectúa un disparo contra B, que está embarazada, advirtiendo la posibilidad de causar un aborto. Sin considerar hipótesis concursales, en ese caso, A podría haber efectuado un disparo contra B “con la intención de matarla” (imputable a dolo directo), a pesar de que, bajo la descripción “causar un aborto”, A también habría desplegado un comportamiento intencional (imputable a dolo eventual). Sobre la diferencia entre una acción ejecutada intencionalmente y la intención “con la cual” se ejecuta una acción, con más detalle *infra* apdo. II.1., a propósito de la relación entre acción, imprudencia y evitabilidad.

son los de dolo directo de primer grado³⁶², amén de que en el lenguaje ordinario la expresión dolo suele asociarse con intención. Pero precisamente la relación entre estos dos aspectos ofrece una clave para diferenciar el carácter fenomenológicamente más representativo que podría exhibir un grupo de casos, por un lado, y el carácter conceptualmente más elemental que ofrecerían los demás, por el otro³⁶³.

A partir de los presupuestos teóricos recién esbozados, se acoge aquí una aproximación “doxástica” —que difiere de una “cognitivista”, por razones que enseguida se indicarán— del componente intelectual que sirve de apoyo a la capacidad de evitación actual fundante de una potencial imputación a título de dolo. En lo sucesivo, con el propósito de trazar un límite con la imputación a título de imprudencia, la atención se centrará en delinear, en sus dimensiones esenciales, los siguientes tres aspectos: la posición epistémica mínima atribuible al agente a quien se imputa un hecho a título doloso, el objeto de referencia de dicha posición y, por último, la noción de probabilidad bajo la cual podría calibrarse el nexo entre los dos primeros elementos.

Lo que tradicionalmente se llama elemento cognitivo del dolo cabe ser entendido también como una operación de atribución de cierta clase de estados intencionales³⁶⁴, que, a su vez, pueden ser formulados como actitudes proposicionales. Por ejemplo, el conocimiento, la creencia, la sospecha o el deseo en torno a algo constituyen sendas actitudes proposicionales, ya que los contenidos de tales estados pueden ser reportados mediante proposiciones (“A sabe que *p*”; “A cree que *p*”; “A sospecha que *p*”; “A desea que *p*”). En este sentido, el elemento intelectual del dolo suele ser tematizado como (la atribución de) conocimiento respecto de la realización del correspondiente tipo delictivo. Sin embargo, existen poderosas razones que desaconsejan este modo de proceder. En efecto, y según una extendida tesis en epistemología, el conocimiento designa una creencia verdadera y justificada respecto de algo³⁶⁵. Una creencia verdadera exigirá que efectivamente haya acontecido aquello que tiene como objeto de referencia. De ahí que ningún sujeto, por optimista que sea, pueda encontrarse en una posición de superioridad epistémica que, por ejemplo, le permita representarse “sé que he matado a *B*”, en el mismo momento en que realiza el comportamiento que es susceptible de producir la muerte de

³⁶² Así también MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 738, aunque describiendo como prototipo a la conducta que reúne tanto la peligrosidad máxima del dolo de consecuencias necesarias como la intención de provocar el resultado.

³⁶³ En cualquier caso, nótese que, si las hipótesis de dolo directo de primer grado suelen ser representativas, ello también se debe a que el componente cognitivo aparece acentuado en quien, para satisfacer su intención, escoge medios altamente idóneos.

³⁶⁴ Tomando la definición de SEARLE, *Making the Social World*, 2010, p. 25, esta noción de intencionalidad designa la capacidad de la mente por medio de la cual esta se dirige hacia, o sobre, objetos y estados de cosas en el mundo. Tener la intención de hacer algo es solo un tipo de estado intencional.

³⁶⁵ Por ejemplo, RESCHER, *Epistemology. An Introduction to the Theory of Knowledge*, 2003, pp. 4 y ss.

*B*³⁶⁶. Pero, más que en aquellos casos en los que todavía se desconoce si un comportamiento satisfará o no cierta descripción, esta noción epistémica particularmente exigente —el conocimiento— se presenta incompatible con los casos de tentativa de delito, es decir, cuando se vuelve cierto el hecho de que el mundo no se ha configurado del modo en que el agente había creído que lo haría. Tomando prestada la terminología de Searle, la dirección de ajuste “mente-a-mundo”³⁶⁷, expresada por el contenido de una determinada creencia, perfectamente puede no satisfacerse, en la medida en que el agente “haya *tenido por verdadero*” algo que finalmente no lo es³⁶⁸.

En virtud de lo anterior, para conservar la correlación entre el objeto y su criterio de imputación pueden vislumbrarse cuando menos dos estrategias: revisar las condiciones de la antinormatividad³⁶⁹; o bien, revisar la pertinencia del aparato terminológico utilizado para el dolo. Aquí se sigue la segunda alternativa. Para ello, se requiere identificar una actitud proposicional que pueda fundamentar dolo no solo cuando aquello que advierte el agente acaba siendo el caso, sino también cuando ello no tiene lugar, de manera que la falta de verificación del suceso en cuestión falsea la proposición bajo la cual se había articulado su creencia. Para ello, siguiendo nuevamente a Mañalich, puede recurrirse a una posición epistémicamente menos exigente que el conocimiento, como es la de una creencia predictiva³⁷⁰. Aunque, en lo sucesivo, la expresión “creer” no será empleada necesariamente con el propósito de excluir la posibilidad de que un sujeto efectivamente sepa algo —por ejemplo, cuando actual e inequívocamente se encuentra

³⁶⁶ Así, VENDLER, «Agency and Causation», *Midwest Studies in Philosophy*, 9 (1984), p. 379. Si, por el contrario —y siguiendo de nuevo a Vendler—, en nuestro ejemplo, *A* solo se representara “he disparado a *B*”, probablemente estaría siendo demasiado pesimista, de haber tenido la intención de causar su muerte de *B*, al no incluir ninguna referencia a esa posibilidad.

³⁶⁷ SEARLE, *Making the Social World*, pp. 27 y ss.

³⁶⁸ El punto no sería crucial si no fuese por el hecho de que los sujetos se comportan no tanto en función de la realidad objetivamente existente, sino de la representación que tienen de la misma. Por esto, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 795, cuando un sujeto “cree con plena convicción que se da un elemento *X* en su acción, su posición personal es exactamente igual si efectivamente se da que si no se da”.

³⁶⁹ Tal falta de correspondencia ha intentado corregirse por algunas teorías cognitivistas, a partir de una perspectiva *ex ante*, refiriendo el conocimiento al carácter típicamente riesgoso de la conducta. Esta alternativa es consecuente y, además, metodológicamente consistente, ya que es el tipo el que fija el objeto de referencia del dolo. En esta línea, véase CORCOY BIDASOLO, *DJP*, 4 (2011), p. 11: “objeto del dolo es la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que éstos no pertenecen al injusto”; FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 51 y ss., especialmente p. 63, designando como objeto del dolo el “comportamiento que, con arreglo a la experiencia, entraña un determinado riesgo desaprobado dirigido a la producción del resultado típico”; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., p. 674: “[c]ausalidad e imputación objetiva del resultado no forman parte del ámbito de referencia del dolo ni pueden, por tanto, ser objeto de errores del sujeto. El objeto exclusivo del dolo lo constituye la conducta *ex ante* peligrosa para bienes jurídicos”.

³⁷⁰ MAÑALICH, *RCD*, 44 (2017), pp. 471 y ss. Se trata así de una aproximación “doxástica”, porque un sujeto asume la actitud consistente en *tener por verdadero* cierto estado de cosas, aun cuando es posible que este último resulte inexistente. Respecto de la noción de creencia (*belief*), véase STARK, *Culpable Carelessness*, 2016, pp. 92, 129, 140 y 237, quien advierte igualmente que el concepto técnico de conocimiento plantea exigencias que lo toman inapropiado para su teorización jurídico-penal.

realizando cierta acción—, sino, más bien, con el de dar cabida conceptualmente a la posibilidad de error, especialmente tratándose de consecuencias cuya verificación todavía se desconoce³⁷¹.

Pues bien, esta creencia, por parte del agente en cuestión, ha de tener como objeto de referencia un estado de cosas que actualmente fundamentan o que, de llegar a verificarse, fundamentarían el carácter antinormativo del comportamiento que despliega. Para ello no es determinante el hecho de si ese estado de cosas acaba teniendo lugar o no, precisamente porque el pronóstico inicial del sujeto finalmente podría ser erróneo. En cambio, decisivo es que pueda reconocer en el comportamiento que ejecuta la realización de circunstancias fácticas cuya verificación satisfarían las condiciones de aplicación de la norma³⁷².

En consecuencia, la noción de riesgo como alta probabilidad de que una acción llegue a ejemplificar la clase de acción descrita en un tipo es relevante, pero no porque, tratándose de delito resultativos, el riesgo en sí mismo constituya el objeto del dolo (ni, por ende, objeto de imputación), sino porque el resultado es un estado de cosas que se constata *ex post*, y que, sin embargo, podría ser previsto *ex ante* mediante factores de peligro³⁷³. Por lo tanto, los compromisos cognitivos atribuibles al agente han de referirse al riesgo de realización del respectivo delito (resultativo), y no solamente a la realización de un comportamiento riesgoso para los bienes jurídicos involucrados. De ahí que la noción de probabilidad que se está empleando aquí no sea de índole estadística o cuantitativa —la delimitación entre dolo e imprudencia con arreglo a un determinado porcentaje de probabilidad de realización del tipo se encuentra condenada al fracaso³⁷⁴—, sino que se

³⁷¹ Con ello, se toma aquí una prevención metodológica adoptada por QUANTE, *El concepto de acción en Hegel* (trad. Barreto González), 2010, p. 84, quien, en el contexto de un análisis de la idea hegeliana de “autoadscripción” —de la adscripción del hecho “para sí mismo” por parte de un agente—, distingue igualmente entre “creer” y “saber”, precisamente para dar cabida a la posibilidad de error.

³⁷² Fundamental, MAÑALICH, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Polít. Crim.*, 27 (2019), pp. 303 y ss., especialmente p. 305. Esta formulación del objeto del dolo reviste decisiva relevancia en los delitos resultativos. Por ejemplo, A dispara con un arma de fuego a B. Al momento de ejecutar el disparo, A puede advertir que realiza un comportamiento que eventualmente podría producir la muerte de otro, aun cuando no se deje describir como la acción de matar a B, mientras la muerte de este último no tenga lugar. La posición epistémica de A, fundante de una posible imputación a título de dolo a su respecto, habrá quedado perfeccionada antes de que se verifique la muerte de B, de lo que, sin embargo, sí dependerá la constitución del objeto de la respectiva imputación, a saber, si por un delito consumado de homicidio, o bien por una tentativa de homicidio.

³⁷³ Una concreción de esta idea es la célebre tesis del “método idóneo para la causación del resultado”, patrocinada por Puppe, que, según reglas de racionalidad instrumental, habilita la adscripción de dolo frente a casos en que el comportamiento desplegado por el agente sería regularmente conducente a cierta clase de resultado, según la experiencia general y parámetros racionales. Cfr. PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., § 15/69.

³⁷⁴ Críticamente sobre el (extendido) manejo de una noción estadística de probabilidad, PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., § 15/64. Debido a ello, Puppe considera que los peligros fundantes de dolo y de imprudencia no pueden determinarse conforme a criterios cuantitativos. Próximo, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 10/100: “no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad (...), cuanto de preguntar si el sujeto que

trata más bien de una noción *práctica* de probabilidad³⁷⁵. En efecto, la noción cuantitativa de probabilidad es difícilmente aprehensible y pragmáticamente poco útil, pues concede prioridad representacional al carácter probable o improbable del suceso de cuya previsión se trata, por encima de su verdad o falsedad proposicional, en circunstancias de que, al momento en que un sujeto actúa, su mente normalmente solo explicita lo último³⁷⁶. Por esto, el extendido recurso a la noción de probabilidad se justifica solo porque tiende a asumirse que si el agente hubiese creído (de un modo representacional o latente) que es probable la ocurrencia de cierto suceso, entonces dicha aserción podría haber contado como una razón epistémica para que ese agente se hubiese abstenido de ejecutar la acción prohibida (o bien, para que hubiese ejecutado la acción requerida). Dicho con otras palabras: la previsión (con mayor o menor grado de probabilidad) de que se realizará el tipo opera como guía de razonamiento práctico para el agente, y, en consecuencia, como presupuesto para su capacidad de evitación³⁷⁷. El componente intelectual del dolo, al margen del contenido específico que se le asigne, no tiene un valor intrínseco, sino más bien funcional, pues incluso si un sujeto tuviese plena certeza acerca de las consecuencias causales que se seguirán de su comportamiento, ello solo es jurídico-penalmente relevante porque habla acerca de la capacidad del agente para haberse abstenido de realizar dicho comportamiento. Esto permite explicar por qué al dolo eventual y al de consecuencias necesarias se asocia un mismo tratamiento punitivo. Sea que el sujeto haya advertido que su comportamiento, de manera *eventual* o bien de forma *necesaria*, constituiría una instancia que coincidiría con el supuesto de hecho de un tipo delictivo, en ambos casos ese agente ya tendría razones suficientes para abstenerse de ejecutar tal comportamiento.

Por último, cabe registrar que la concepción “doxástica” de dolo recién esbozada no es incompatible con afirmar que este último y la imprudencia, en tanto que *estructuras* de imputación subjetiva, se desempeñan como categorías mutuamente excluyentes. Aunque, en efecto, en ciertos casos pueda ser grave y problemáticamente difusa la línea que permite determinar cuándo puede adscribirse a un sujeto la creencia (representacional o

advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta”.

³⁷⁵ MAÑALICH, *Polít. Crim*, 27 (2019), p. 304, nota 36: “[e]l carácter *predictivo* de la creencia en cuestión queda determinado por una consideración pragmática, concerniente a la función de la respectiva norma de comportamiento como razón (externa) para la acción”. (Cursiva del original).

³⁷⁶ Si, por ejemplo, A cree improbable que por no desenchufar su televisor pueda producirse un incendio en casa, la proposición “habrá un incendio en casa” no será asumida por A como un evento cuya veracidad sea poco probable, sino directamente como una proposición tenida por falsa, pues la prognosis, más allá del (contingente y poco usual) razonamiento probabilístico que pudiera haberle servido de base, finalmente se reduce al juicio asertórico de que algo será o no el caso. Cfr. STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, p. 290.

³⁷⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 444, quien exige tres requisitos: primero, que el sujeto sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado; segundo, que sea consciente de que en la situación concreta concurren las circunstancias que la hacen apta para producir tal resultado (correcto “conocimiento situacional”); por último, que el sujeto integre los dos conocimientos previos en un juicio de concreta aptitud lesiva.

latente) de que su comportamiento realizará o no las circunstancias fácticas de un tipo delictivo, en definitiva, a ese sujeto habrá de adscribirse *una* de ambas aserciones. Como aplicación del principio de caridad que rige la adscripción de actitudes proposicionales³⁷⁸, a un sujeto no puede atribuirse simultáneamente dos contenidos incompatibles: tener por verdadero y a la vez por falso un mismo suceso. Por esto, lo que revela la aplicación a este ámbito de la paradoja sorites³⁷⁹ y de la lógica difusa³⁸⁰, con arreglo al favorecimiento de una noción cuantitativa de probabilidad, no constituye un problema concerniente al par conceptual dolo-imprudencia, sino al carácter peligrosamente arbitrario que podría revestir la solución —que, en cualquier caso, necesita adoptarse— en casos límite, por lo que representan para el órgano adjudicador un enfático llamado de atención. Pero la vaguedad es una cuestión de ignorancia acerca de la identificación de los límites entre ciertos objetos, no necesariamente acerca de la inexistencia de tales límites, pues la propia formulación de ese puzzle práctico (no teórico) da por presupuesta la existencia de los dos extremos por cuya identificación en un caso concreto se interroga³⁸¹. De todos modos, nótese que aun de asumirse —por mor del argumento— que resulta irremediamente gradual no solo la determinación de cuándo un sujeto tiene por verdadera o falsa la posibilidad de que de su comportamiento se sigan ciertas consecuencias, sino ya la propia diferencia categorial entre dolo e imprudencia, cabría advertir que, bajo tales términos, todavía no se indicaría el sustento de una imputación a título de imprudencia. Como se analizará enseguida, lo que se adscribe a un sujeto como representación errónea del riesgo de realización del tipo sigue constituyendo una hipótesis de ignorancia a *ese* respecto, por lo que la imputación a título de imprudencia precisará descansar sobre otro fundamento.

II. Imprudencia como estructura de imputación extraordinaria

1. Acción, imprudencia y evitabilidad

³⁷⁸ De acuerdo con la formulación de DAVIDSON, *Problems of Rationality*, 2004, p. 35, este principio nos obliga a ajustar nuestras proposiciones sobre palabras y actitudes de otra persona de tal manera que el discurso y comportamiento de esa persona sean inteligibles.

³⁷⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 733 y ss., tras recurrir a la paradoja sorites —para formularla aquí con un ejemplo: cuando se le restan granos, ¿en qué momento un montón de arena deja de serlo?—, articula la diferencia entre dolo e imprudencia (consciente) como una evaluación probabilística del peligro de producción del resultado típico.

³⁸⁰ VARELA, *Dolo y error*, pp. 269 y ss., recurre a la lógica difusa, método contrario a la binariedad de términos, y más bien proclive a la gradualidad por vía de comparación. Al respecto véase también JOERDEN, *Logik im Recht*, pp. 375 y ss., quien, sin embargo, acaba señalando el limitado rendimiento de un método, que, finalmente, no podría reemplazar ni criticar decisiones dogmáticas.

³⁸¹ Pese a ser un temprano importador de los conceptos graduales en la sistemática penal, Radbruch pudo reconocer la tendencia solo “aparente” de ciertos conceptos ordenadores. Así, con respecto a la noción de “imputabilidad disminuida”, que también parece transitar por una larga zona gris, consideraba que no se trata de un verdadero concepto de progresión, porque el infractor del Derecho, “no es por ventura más o menos imputable, sino imputable o inimputable”. Cfr. RADBRUCH, «Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico» (trad. Guzmán Dalbora), *RECPC*, 11 (2009), p. 5.

Como fuese anticipado en el capítulo anterior, en la imputación de primer nivel, relativa a la capacidad de acción, necesita establecerse alguna clase de relación agencial entre un sujeto y el suceso por el que podría resultar criminalmente responsable. Sobre la base de dicha premisa, también en la imprudencia se torna indispensable averiguar cómo y bajo qué condiciones puede trabarse dicha relación de agencia, a pesar de que el sujeto ha carecido de las capacidades necesarias para evitar actualmente la realización del tipo.

Pues bien, bajo el concepto de acción aquí adoptado, el comportamiento de un sujeto es susceptible de ser caracterizado como tal si existe al menos una descripción bajo la cual dicho comportamiento ha sido ejecutado intencionalmente³⁸². Así, para utilizar un ejemplo prototípico, si, al interior de un denso bosque, un cazador dispara mortalmente con un arma de fuego a un guardabosques, creyendo erróneamente que el objeto que se mueve entre los árboles es un jabalí, su comportamiento sería constitutivo de una acción, porque existe una descripción bajo la cual ha sido ejecutado intencionalmente, a saber, “disparar contra un objeto que se mueve”. A esto no afecta el hecho de que exista otra descripción, de esa misma acción, bajo la cual no ha sido ejecutada intencionalmente: “disparar al guardabosques”, en tanto que potencial instancia de la clase de acción prohibida “matar a otro”. De ello se desprende que un comportamiento, constitutivo de acción, requiere la presencia de al menos una “intención en acción”. Y de ahí, también, que pueda distinguirse entre una acción (intencional), por un lado, y la intención con la cual ha sido ejecutada dicha acción, por el otro³⁸³. Esta diferencia puede exhibir capacidad de rendimiento al interior de la dogmática de la imprudencia, pues permite reconsiderar que quien incurre actualmente en un error al ejecutar una acción, en cada caso estará ejecutando algún otro comportamiento intencionalmente, pudiendo servir tal “intención en acción” como parámetro de contraste para determinar respecto de qué es aquello en lo cual ha errado el sujeto y, por ende, se ha encontrado incapacitado de evitar³⁸⁴. En nuestro ejemplo, el cazador no ha podido formarse la intención de abstenerse de disparar contra el guardabosques, pues ello habría supuesto que, a diferencia de lo que sucedió, el cazador hubiese creído (de manera representacional o latente) que el cuerpo cuyos movimientos advierte tras los árboles se correspondía con el de un hombre. Pero esta última conclusión se funda en una premisa que necesita explicitarse: las creencias exhiben prioridad analítica sobre las intenciones. Un sujeto solo puede formarse el compromiso práctico de realizar *x*, sobre la base de un compromiso cognitivo según el cual ese sujeto, en efecto,

³⁸² Para esto y lo que sigue, fundamental, DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, pp. 43 y ss. Al respecto también GINET, *On Action*, 1990, pp. 72 y ss.

³⁸³ Para esta distinción, ANSCOMBE, *Intención*, pp. 96 y s. Como más adelante se señalará, desde un punto de vista cronológico, también cabe contraponer entre “intenciones en acción” e “intenciones previas” (o planes). Sobre esto último, SEARLE, *Making the social World*, pp. 33 y ss.

³⁸⁴ DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, p. 45, utiliza, entre otros, el ejemplo de una malinterpretación, que por mala no deja de ser la interpretación de algo, hasta el punto de que sería anómalo aseverar que, en un tal caso, el sujeto realice dos acciones: interpretar algo y, a la vez, malinterpretarlo.

se encuentra en una posición tal que le sea racionalmente permisible proponerse la realización de x ³⁸⁵. Con ello, la imputación de un comportamiento *qua* injusto imprudente necesariamente supondrá que el agente en liza no haya podido evitar intencionalmente la ejecución de ese comportamiento, *bajo la descripción típica*, debido a que ignora o cree erróneamente que su comportamiento no satisfaría dicha descripción. Por esta razón, por lo demás, cuando algunos enfoques volicionistas sostienen con carácter general que el autor imprudente “no quiere la verificación del resultado” se eleva a la categoría de presunción algo que no podría ser más que una *benignissima interpretatio* del comportamiento desplegado por ese sujeto³⁸⁶. Quien desconoce o ha descartado que su comportamiento producirá cierto resultado, no podría adoptar una actitud seria con respecto a ese resultado en tanto que consecuencia de *su* acción. La falta de un elemento volitivo se mostraría como parasitaria respecto del déficit cognitivo que le precede.

En lo cardinal, las ideas avanzadas hasta aquí no son en absoluto extrañas a la dogmática tradicional de la imprudencia. Interesa acentuar, sin embargo, la *identidad* del comportamiento que, al menos bajo una de sus posibles descripciones, puede ser considerado como ejecutado intencionalmente, pero que, bajo otra u otras descripciones alternativas, ya no. En el ejemplo antes considerado, no es que el cazador haya ejecutado dos comportamientos: disparar a un objeto que se mueve (como acción intencional), y a la vez condicionar la muerte del guardabosque (como comportamiento no intencional). Antes bien, el cazador solo ha ejecutado un comportamiento (es más: una acción), a pesar de que son potencialmente varias las descripciones bajo las que puede someterse dicho comportamiento, en función de la intención (o falta de intención) con la cual ha sido ejecutado, como de los resultados que produce. Ese mismo comportamiento puede ser especificado de distintas maneras por referencia a al menos dos resultados distintos, pero ambos verdaderos: el de disparar contra un cuerpo que se mueve y el de disparar al guardabosques. Dado que la intencionalidad es siempre “relativa-a-una-descripción”, no se incurre en contradicción alguna al afirmarse que un comportamiento imputable *qua* injusto imprudente podría ser intencional desde una determinada lectura del suceso, pero no intencional bajo una lectura distinta del mismo³⁸⁷. En términos de teoría de la acción, esto supone favorecer una teoría de “grano grueso” o “extensionalista” a propósito del argumento relativo a su individuación. Esta tesis descansa en un principio de economía ontológica que permite identificar, con ayuda del “efecto acordeón”, una misma acción

³⁸⁵ Sobre la noción de intención como compromiso práctico (un compromiso acerca de cómo debiese ser el mundo como resultado de la realización de una acción), BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 243 y ss.; LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, vol. 1, 2016, p. 41.

³⁸⁶ BINDING, *Die Normen*, vol. IV, p. 370, critica la idea de que el error sea comprendido como causa del comportamiento antijurídico —o mejor: contrario a cuidado—, pues ello supone partir de una precipitada *praesumptio boni viri*, de que el autor nunca se habría comportado como lo hizo, si hubiese advertido las consecuencias de su comportamiento.

³⁸⁷ En este sentido también STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, p. 231.

cuyo significado eventualmente podría reducirse o ampliarse a lo largo de sus distintas descripciones³⁸⁸; con ello se evita la conclusión de que habría “tantas acciones, por tantos resultados”, a la cual conducirían las teorías de “grano fino” o “intensionalistas”³⁸⁹. Sobre la individuación de acciones en el injusto imprudente se volverá con ocasión de su aplicación a la coautoría; por ahora, con este argumento ha intentado enfatizarse que, así como la intencionalidad es una propiedad sensible a la descripción a la cual se somete una acción, también lo es la capacidad del agente para evitar su ejecución.

Con ocasión de esta última prevención, conviene advertir que, la posibilidad de que el comportamiento típico ejecutado por el potencial autor sea a su vez interpretable como acción (por haber sido ejecutado intencionalmente bajo descripción distinta a la del tipo), representa una alternativa que se encuentra disponible generalmente tratándose de déficits epistémicos en su capacidad de evitación. Pero, ya que lo que define a un comportamiento como acción es la existencia de al menos una “intención en acción”, cabe igualmente la posibilidad de que el comportamiento *típico* no sea constitutivo de acción bajo ninguna de sus posibles descripciones, por no hallarse disponible alguna lectura alternativa bajo la cual haya sido ejecutado intencionalmente³⁹⁰. Por ejemplo, si un conductor se queda dormido al volante, atropellando instantes después a un transeúnte, al encontrarse en un estado transitivo de inconsciencia, su comportamiento no constituirá una acción bajo ninguna descripción. Desde luego, esto no obsta al hecho de que su responsabilidad pueda fundamentarse en un comportamiento intencional previo, a saber: la falta de adopción de alguna medida de precaución que le hubiese prevenido de quedar situado en un posterior estado de incapacidad de acción.

³⁸⁸ Sobre el llamado “efecto acordeón”, DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, pp. 53 y ss., quien desarrolla este argumento —originariamente formulado por Joel Feinberg—, pasando a aplicarlo no sobre acciones, sino sobre descripciones de acciones: una misma acción puede ampliarse o restringirse a lo largo de sus distintas descripciones. En el contexto de la teoría jurídica, véase GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, 2ª ed., 2013, pp. 38 y s.; y MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), pp. 679 y s.

³⁸⁹ Para un ejemplo como el considerado en el texto, un representante de una teoría “intensionalista”, como GOLDMAN, *Theory of Human Action*, 1970, pp. 56 y ss., tendría que arribar a una conclusión solo parcialmente análoga, por entender que es también una acción aquella no ejecutada intencionalmente, pero generada por *otra* que sí es intencional. Como se aprecia, la diferencia con una tesis “extensionalista” descansa en que para una “intensionalista” se trataría de dos acciones distintas (una intencional y otra no intencional, pero generada por otra que sí lo es), lo cual, desde ese punto de vista, implicaría desde ya negar *en todo caso* el estatus de acción a un comportamiento antinormativo imputable *qua* imprudente.

³⁹⁰ Así, DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, p. 47, utiliza el ejemplo de quien se tropieza con una alfombra y, producto de ello, cae. En ese caso, señala Davidson, “yo tropecé” y “yo hice que me tropezara” no reportan el mismo evento. Lo anterior es relevante, pues conduce a reconsiderar que el comportamiento que ejemplifica las propiedades descritas en un tipo delictivo y que, de satisfacerse ciertas condiciones, es susceptible de imputar a título de imprudencia, bajo dicha descripción (la del tipo), no necesariamente tiene que representar un “comportamiento no doloso *intencional*”. Cfr., empero, STOPPENBRINK, *Verantwortung für unabsichtliches Handeln*, pp. 230 y s., p. 236; en cambio, KINDHÄUSER, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en PAEFFGEN *et al.*, *FS-Puppe*, 2011, p. 60, sugiere que no es estrictamente necesario que el suceso antinormativo (imputable a imprudencia) sea interpretable como acción intencional.

Así las cosas, del análisis anterior cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, en el ámbito del injusto imprudente, el contraste de las descripciones alternativas y verdaderas de las cuales es susceptible el comportamiento típico —aquella bajo la cual ha sido ejecutado intencionalmente, versus aquella (la típica) bajo la cual, no— representa una herramienta útil, pero no porque la capacidad de evitación secundaria del potencial autor pueda fundarse en aquella descripción bajo la cual se presenta como un comportamiento ejecutado intencionalmente, sino para descartar una capacidad de evitación primaria, fundante de dolo, sobre la base de aquella lectura que lo presenta como no ejecutado intencionalmente —por faltar una premisa epistémica que sirva de base a dicha intención— bajo la descripción típica. En el ejemplo ya apuntado del cazador, en efecto, la descripción bajo la cual este realiza un comportamiento intencional —disparar a un objeto que se mueve— no proporciona ninguna capacidad de evitación, ni siquiera secundaria, pues ese comportamiento se encuentra condicionado por una creencia errónea. Esta creencia errónea no fundamenta imprudencia; únicamente excluye una capacidad de evitación primaria, eventualmente fundante de dolo. En este sentido, lo que mancomuna a los ejemplos del cazador y del conductor consiste en que sus comportamientos no resultan intencionalmente evitables bajo la descripción típica, independientemente de que en el caso del cazador ese comportamiento típico sea constitutivo de una acción —por haber sido ejecutado intencionalmente bajo otra descripción—, mientras que esto no ocurra con el caso del conductor. El otro elemento común de ambos ejemplos es que la capacidad de evitación de los potenciales autores descansa en la posibilidad de haber adoptado medidas de cuidado que resguardasen sus respectivas capacidades de evitación³⁹¹. En el primer caso, el cazador tendría que haber adoptado alguna medida de cuidado que le permitiera vencer el error en el que se encontraba inmerso; el conductor, por su lado, tendría que haber asegurado su capacidad física de control, por la vía, por ejemplo, de tomar un descanso o de abstenerse de seguir conduciendo una vez advertido el cansancio. Con todo ello, cabe agregar una segunda conclusión: la imputación a título de imprudencia también descansa en la afirmación de una capacidad de evitación en el agente, la que, sin embargo, es de índole secundaria. En efecto, dicha capacidad de evitación no está referida directamente a la realización del comportamiento típico, sino más bien a la de un comportamiento que pueda asegurar la capacidad de acción del agente, de manera tal que, dado el caso, este sujeto se encuentre en condiciones de evitar una instancia de realización típica.

Utilizando como trasfondo las premisas teóricas recién expuestas, en lo sucesivo la atención se concentrará precisamente en trabajar el contenido y función de tales exigencias de cuidado, cuya infracción imputable por parte de un sujeto podría

³⁹¹ En este sentido también VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 334.

fundamentar una eventual imputación a título de imprudencia. Tales elementos serán expuestos en sus dimensiones esenciales, pues, con motivo de la aplicación de este modelo a la coautoría en el injusto imprudente, habrá oportunidad de concretarlos.

2. Exigencias de cuidado e injusto imprudente

Según una comprensión tradicional y que aún puede caracterizarse como ampliamente mayoritaria, la imprudencia cumpliría una función constitutiva en la configuración de la tipicidad, a través de lo que usualmente se conoce como infracción de una “norma de cuidado”. Bajo esta forma de proceder, la aproximación dogmática a la imprudencia ha sido guiada por la noción de deber (de cuidado), con lo cual dicha categoría, defenestrada de la culpabilidad, fue reubicada en el tipo. Las invectivas que desde hace un tiempo algunos representantes de la teoría de la imputación objetiva dirigen contra el llamado “deber de cuidado” no dan cuenta de un profundo cambio de paradigma en el modelo recibido, sino de una querrela sobre la pertenencia del aparato conceptual que se aplica. No puede predicarse lo mismo, en cambio, de quienes desenvuelven los problemas que suscita la imprudencia como asuntos referidos exclusivamente a la capacidad individual de evitación. Para ello suele recurrirse a un concepto de cognoscibilidad individual cuya principal nota sería detentar autonomía funcional, por prescindir de la noción de cuidado. Y existe todavía una tercera alternativa, que se distancia de la primera al no acogerse a su estructura normológica monista, pero también de la segunda, por entender que la imprudencia, pese a no incidir en la antinormatividad de un comportamiento, presupone un anclaje normativo que la sustente. Aquí se defenderá esta tercera opción.

2.1. Función de las llamadas “exigencias de cuidado”. A la vez, breves consideraciones críticas sobre dos comprensiones del injusto imprudente

Desde la obra seminal de Engisch, la imprudencia es concebida como una propiedad predicable de la realización del comportamiento típico. A pesar de que en la reconstrucción de Engisch la norma de comportamiento infringida es idéntica, tanto para casos de dolo como de imprudencia, en estos últimos el contenido prescriptivo se expresaría de manera ligeramente distinta, a saber: prohibiendo la realización de comportamientos peligrosos y, respectivamente, ordenando la aplicación de las medidas de cuidado necesarias para evitarlos³⁹². Dicha comprensión, en abierto contraste con el sistema clásico, permitió que, posteriormente con ayuda del concepto de riesgo permitido y del principio de confianza, dejaran de considerarse antijurídicos los comportamientos no infractores de un “deber de cuidado”. Pese a que, según fuese anticipado, algunos

³⁹² Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 241, 268, y 332-337.

partidarios de la autosuficiencia de la teoría de la imputación objetiva han tachado como innecesario el recurso a la infracción de un “deber de cuidado”³⁹³, lo cierto es que, al intentar colmar el tipo objetivo de los delitos imprudentes a través de criterios reunidos sistemáticamente en aquella teoría, se ha venido a reforzar la idea —aún objeto de debate, considerando la amplia adhesión que todavía goza la tesis sobre su “doble posición”— de que en la imprudencia se hallarían implicadas cuestiones de injusto típico. Con apoyo en la teoría de las normas, otro importante sector de la dogmática confirma este último parecer, entendiendo que únicamente podrían ser objeto de prohibición conductas que *ex ante* sean peligrosas, esto es, vinculadas a un riesgo desaprobado³⁹⁴. En cambio, según la postura que intentará defenderse en lo sucesivo, al interior del injusto imprudente es estrictamente indispensable distinguir entre norma de comportamiento y exigencia de cuidado, puesto que esta segunda categoría no se encuentra integrada en la primera.

En contra de la tesis dominante en virtud de la cual del contenido de una norma de comportamiento podría inferirse, además del deber de no realizar aquellas acciones que efectivamente satisfacen su contenido proposicional, también la exigencia de desplegar conductas que eventualmente constituirían un medio para su evitación, cabe objetar, junto con la consecuente amenaza del principio de legalidad, una fundición del objeto con el fundamento de imputación. Como advierte acertadamente Haas, el recorte del objeto de imputación que por la vía de lo individualmente evitable pretende obtenerse por la doctrina dominante no solo distorsiona la función del riesgo permitido, dado que este adquiere un carácter autorreferencial al operar simultáneamente en la fijación del objeto (aquello que debe evitarse) y como fundamento de la imputación (aquello que el sujeto debe evitar), sino que torna el contenido prescriptivo de los tipos resultativos en uno axiológicamente demasiado exigente³⁹⁵.

Junto con las normas de comportamiento cabe reconocer la existencia de otros estándares deónticos, cuya función, a diferencia de las primeras, no está *directamente* relacionada con la protección de bienes jurídicos, sino más bien con posibilitar que un sujeto pueda resguardar sus propias capacidades físicas y epistémicas, de cara a estar en condiciones de poder cumplir con dicha norma de comportamiento. De este modo, tales medidas de cuidado, susceptibles de concretarse para un sujeto en concretas exigencias de cuidado, tienen por finalidad obtener, conservar y/o asegurar sus capacidades psicofísicas de manera tal que, dado el caso, disponga de la alternativa práctica de evitar la realización de un comportamiento que pueda ejemplificar la acción descrita en un tipo delictivo. Por

³⁹³ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/10. Véase también la crítica de GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2015, § 12/117, quien, por razones normológicas, censura la formulación de la doctrina mayoritaria, pues no existiría ningún deber de actuar cuidadosamente.

³⁹⁴ Véase, por ejemplo, FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 47 y ss.; ROSTALSKI, *GA* (2016), pp. 76 y s.

³⁹⁵ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, pp. 290 y 299; EL MISMO, *InDret*, 1 (2016), pp. 19-21.

ello, en contraste con las normas de comportamiento, cuya contradicción determina el carácter antinormativo de un comportamiento, la falta de adopción de semejantes medidas de cuidado solo vienen en consideración a propósito de un eventual déficit en la capacidad de acción del agente, y cuya infracción imputable permitiría fundamentar una eventual imputación extraordinaria a título de imprudencia, pero no su antinormatividad³⁹⁶.

Como habrá podido apreciarse, esta diferenciación de niveles normativos debe practicarse —y de esto depende que no se atropelle el principio de parsimonia— aun cuando contingentemente, y de manera más bien aparente, se confundan una y otra categoría. Pues, incluso si fuese difícil separar espacio-temporalmente la infracción de ambas, la distinción es analíticamente necesaria en atención a la disparidad de sus objetos de referencia: así como el comportamiento que causa la muerte de otro no es constitutivo de homicidio *porque* se haya incumplido una exigencia de cuidado, la infracción de la exigencia de cuidado no pone al agente *inmediatamente* en condiciones de realizar un comportamiento constitutivo de homicidio³⁹⁷. Por esto, aunque se articulen funcionalmente como estándares de comportamiento al interior del injusto imprudente, las exigencias de cuidado a cuya infracción puede reconducirse la incapacidad de un sujeto para evitar la realización de un tipo delictivo operan como un “mecanismo de imputación”³⁹⁸.

El reconocimiento del diverso estatus normativo que corresponde a las exigencias de cuidado encuentra un célebre antecedente en Binding, quien enfáticamente se pronunciara

³⁹⁶ Por ejemplo, si *A* omite un semáforo en rojo, por lo que no puede reaccionar a tiempo y así evitar el atropello del peatón *B*, causando su muerte, la imputación a *A* de un homicidio por imprudencia se fundamentaría en la infracción de la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro, mientras que la infracción de la medida de cuidado consistente en no detener el automóvil ante un semáforo en rojo fundamentaría su imputación a título de imprudencia. Desde esta perspectiva, la razón por la que interesa la omisión de la señal del semáforo no radica en el peligro que a partir de dicha maniobra *A* habría generado para la vida de *B* —peligro que se encuentra ya considerado en el delito resultativo que se le imputa—, sino en que permite explicar por qué *A* no ha estado en condiciones tales de evitar atropellar a *B*.

³⁹⁷ Si un legislador decidiera elevar a la condición de delito la infracción de alguna norma de seguridad en el tráfico —como ocurre con ciertos delitos de peligro—, tal infracción podría ser objeto autónomo de imputación, pero entonces cabría precisar que lo tipificado *no* es propiamente la “infracción de un deber de cuidado”, sino justamente el peligro normativamente asociado a la ejecución de un comportamiento que, bajo ciertas y concretas condiciones, en otro caso podría desempeñar una función distinta, consistente en fundamentar una imputación por imprudencia. Esta técnica legislativa, antes que representar una “prueba” en favor de la factibilidad de una tentativa imprudente, y de que, en general, la imprudencia no represente más que un “dolo de peligro”, viene a confirmar la tesis contraria: si el objeto de referencia del tipo subjetivo cambia, es perfectamente factible que aquello que antes contaba como desconocimiento (por ejemplo, referido a la realización del tipo de homicidio), pueda ahora adscribirse como dolo (referido ahora a una conducción suicida). Para este asunto, véase HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., pp. 417 y s.; KINDHÄUSER, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado» (trad. Mañalich), *REJ*, 22 (2015), p. 25; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 229 y s.; VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 319 y s.

³⁹⁸ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985, p. 202.

en favor del carácter secundario de lo que él llamaba “deber de preexamen”, de naturaleza jurídica idéntica al deber de conocimiento de la doctrina del error, y cuyo quebrantamiento vendría en consideración únicamente en presencia de un “daño”³⁹⁹. El núcleo duro de dicho argumento es patrimonio mancomunado de tesis que actualmente desenvuelven la imprudencia como estructura de imputación extraordinaria. Aunque desde puntos de vista en absoluto homogéneos y bajo nomenclaturas distintas, aquellas tesis comparten la preocupación de que se distinga nítidamente, por un lado, el deber de ejecutar (o de abstenerse de ejecutar) una acción en que se concreta para un sujeto cierta norma de comportamiento, y, por otro lado, el estándar cuyo cumplimiento permitiría que dicho sujeto asegure sus capacidades para seguir esa norma, precisamente por lo cual ya no resulta conveniente discurrir en términos de un “*deber* de cuidado”. Pues, en efecto, asignar la calidad de deber a ese estándar de cuidado conduce al equívoco de identificarlo con el objeto de imputación, en circunstancias de que un desarrollo consistente de tal razonamiento aproximaría (incorrectamente) la conceptualización de la imprudencia, en tanto que lesión del “mandato de ejecutar una acción cuidadosamente”, a la dogmática de la omisión⁴⁰⁰, pero también a la del *crimen culpae*. Ante este panorama, para facilitar la distinción entre las categorías involucradas, un sector minoritario de la doctrina sugiere hablar de incumbencia (*Obliegenheit*), la cual —añaden algunos de sus portavoces— constituiría una suerte de “inculpación frente a uno mismo”⁴⁰¹.

Según Hruschka lo que permite calificar de imprudente el comportamiento de quien ciertamente no reconoce la realización del tipo, pero que podía y debía hacerlo, es la infracción de la incumbencia de reconocer la peligrosidad de su conducta. El incumplimiento de una tal incumbencia, sin embargo, no es en sí mismo punible, pues ella solamente rige como un imperativo hipotético frente al deber de no quebrantar la prohibición⁴⁰². Por su lado, para Kindhäuser, las exigencias de cuidado también representan un imperativo hipotético, que ha de ser seguido bajo la condición de que el agente quiera mantenerse en posición de cumplir aquello que rige de manera incondicionada, esto es, el deber susceptible de ser inferido de la respectiva norma de

³⁹⁹ BINDING, *Die Normen*, vol. IV, pp. 502-505.

⁴⁰⁰ Crítica que formulan algunos detractores de la noción de “deber de cuidado”. Véase JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/6; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/12. En todo caso, la asociación no sería correcta, pues en los delitos omisivos se trata del quebrantamiento de una norma de mandato, por la vía de no ejecutar alguna acción concreta que ejemplifique la clase de acción requerida, pudiendo ser imputable dicha omisión tanto a título de doloso como imprudente; y, de ser este último el caso, al no adoptar alguna exigencia de cuidado, el sujeto quizá habría “omitido” asegurar su capacidad de acción, pero no *por ello* habría realizado el tipo.

⁴⁰¹ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., p. 416; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 67. Para una ponderación de este extremo, VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 49 y s., 275 y ss.

⁴⁰² Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., pp. 287 y 416; EL MISMO, *FS-Bockelmann*, pp. 426 y s. Según Hruschka, las incumbencias se dejan comprender como implicaciones de las respectivas prohibiciones y mandatos primarios, con las que estarían vinculadas sintéticamente.

comportamiento.⁴⁰³ Otras alternativas teóricas desarrollan la diferenciación normológica en cuestión, aunque a partir de un instrumental conceptual diverso entre sí, por lo que no discurren necesariamente en torno de una modalidad de imputación extraordinaria, ni se apoyan en todos los casos en la noción de incumbencia. Propuestas en ese sentido, con distintos grados de proximidad a las recién registradas, pueden encontrarse —nombrados aquí sin afán de exhaustividad— en los aportes de Neumann, Renzikowski, Haas y Pawlik⁴⁰⁴; y, en el contexto hispanoparlante, los de Molina Fernández, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Mañalich, Montiel y Valiente Ivañez⁴⁰⁵.

⁴⁰³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 65 y ss.; EL MISMO, *GA* (1994), p. 209. Según Kindhäuser, la exigencia de cuidado no es ningún derivado de la llamada materia de prohibición, sino que su nivel de referencia es la capacidad de seguir la prohibición.

⁴⁰⁴ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden"*, pp. 198-202, pp. 260 y ss., quien, sin embargo, en lugar de una imputación extraordinaria, sugiere que, en la estructura dialogal bajo la cual se articula el proceso penal, una excusa fundada en la incapacidad de evitación actual sería inadmisibles, si el propio sujeto ha provocado de forma reprochable dicho estado. En cambio, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 219 y ss., 224 y ss., reconoce en la imprudencia un criterio de imputación extraordinaria, aunque distingue un doble significado de la expresión "infracción de un deber de cuidado", a saber: por un lado, "cuidado como concreción de la norma de comportamiento", relacionado directamente con la evitación de la lesión de un bien jurídico (y, en ese sentido, no representa ninguna particularidad del delito imprudente); por otro lado, "cuidado como objeto de una incumbencia de reconocimiento", destinadas al aseguramiento de la capacidad de evitación. Igualmente, HAAS «Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung», *GA* (2015), pp. 92 y ss., asume la tesis de que la contrariedad a cuidado es un sustituto del dolo faltante, con la diferencia de que, según su opinión, la expectativa jurídica de que un sujeto se comporte conforme a cuidado no ha de interpretarse como una incumbencia, sino más bien "como una norma de comportamiento secundaria, cuya infracción en los delitos de resultado, sin embargo, no es sancionable jurídico-penalmente de manera autónoma". También PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 310, 333 y ss., parte de la base de que en la dogmática de la imprudencia el discurso acerca de un "deber de cuidado" no versa propiamente sobre un deber, dado que dicha expectativa corresponde más bien a una incumbencia, lo cual torna necesario diferenciar entre las exigencias impuestas por la norma de comportamiento por cuyo seguimiento el autor debe esforzarse, por un lado, y, la incumbencia de esfuerzo (*Bemühensobliegenheit*) propiamente tal que le permitiría conocer las circunstancias fácticas, por el otro.

⁴⁰⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 729 y ss., especialmente a propósito de la imprudencia inconsciente, en donde identifica normas de nivel inferior cuya finalidad es advertir la presencia de situaciones de peligro, y que se hallan en la base de las normas de un nivel inmediatamente superior. Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 550, sitúa el anclaje normativo de la incumbencia de cuidado en la dinámica misma de las normas de conducta; aunque, de manera más reciente (cfr. EL MISMO, «Imputación e incumbencias en Derecho penal», *Polít. Crim.*, 24 (2017), pp. 1221 y ss., con nota 43), puntualiza que la idea general de la incumbencia es de orden analítico, pero la concreta medida aplicable al caso obedece a una implicación sintética, al tiempo que distingue entre la infracción de una incumbencia (que permitiría imputar de manera extraordinaria un proceso como hecho) y la infracción de un deber de cuidado para "valorar el hecho como típicamente antijurídico a los efectos del precepto del delito (imprudente)". MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 26, razona la estructura de la imprudencia indicando que la incapacidad actual del destinatario de la norma de omitir o ejecutar la respectiva acción ordenada (según un silogismo primario), no puede ser invocada como defensa, en la medida en que el sujeto pudo y debió adoptar una medida de precaución que asegurase su capacidad de evitación (como conclusión de un silogismo secundario). MONTIEL, «Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*», en CARNEVALI (ed.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo/Buenos Aires, 2017, especialmente, pp. 22 y ss., arriba a la conclusión de que, en general, los supuestos de *Vorverschulden* descansan en el quebrantamiento de deberes subsidiarios que se erigen eventualmente en objeto de imputación en defecto de la contrariedad a un deber primario de lesión. Por su parte, VALIENTE IVAÑEZ, *RECPC*, 22 (2020), pp. 14 y ss., trabaja la imprudencia como modalidad de imputación extraordinaria y, con ello, los "dos momentos" sobre los cuales se articula dicha forma de atribuir responsabilidad por el déficit imputable en la capacidad de acción, amén de que enfatiza la necesidad conceptual de reconocer exigencias de cuidado, como el carácter impropio con el que la doctrina dominante emplea la noción "deber de cuidado".

Las críticas contra la noción de incumbencia apuntan, entre otras cosas, a la extrapolación innecesaria de cierta institución iusprivatista, al estatus jurídico-público de los deberes de cuidado, al carácter supererogatorio —en lugar de debido— que se atribuiría a su cumplimiento, y a una posible afectación de la legalidad⁴⁰⁶. Sin embargo, el principal nudo crítico —como lo advirtió Neumann⁴⁰⁷— descansa en que, al concebirse las incumbencias como imperativos exclusivamente personales, dirigidos “frente a uno mismo”, su infracción difícilmente podría fundamentar un reproche autónomo de culpabilidad. Más todavía, ello podría agravarse por una potencial contradicción entre la noción de incumbencia, así entendida, y el principio de alteridad que gobierna las relaciones jurídicas: el Derecho es un ordenamiento intersubjetivo, por ende, resultaría dudosa la admisión de entidades prescriptivas cuyo objeto de regulación no fuesen relaciones recíprocamente entabladas entre sus sujetos normativos⁴⁰⁸. Sin embargo, esto mismo preuncia la posibilidad de distinguir entre la razón de ser de las exigencias de cuidado, que siempre habrán de tener en vista la eventual afectación de intereses *de terceros* —en tanto que su cumplimiento es un medio para que ello pueda evitarse—, y lo que inmediatamente posibilitan: asegurar las capacidades psicofísicas *del agente*. Una vez trabado el nexo entre su infracción y la incapacidad del agente para evitar una realización típica (cuya no ejecución sí se le impone heterónomamente), frente a la preocupación de Neumann, no hay duda de que el Derecho se yergue en autoridad normativa para cuestionar y responsabilizar la falta de adopción de una medida de cuidado que redunde en tales consecuencias. La razón de esto, como se ha señalado antes, queda formulada sintéticamente en el adagio *respice finem*. Por esto, y porque la expresión “deber *frente* a uno mismo” acaso oscurece de manera innecesaria la figura, en especial si se lo caracterizase, además, como un “deber *para* uno mismo”, aquí se utilizará la noción de “exigencia de cuidado”⁴⁰⁹, designando con ella el concreto estándar de comportamiento que habría permitido que un sujeto asegurase sus capacidades físicas y epistémicas de cara a evitar la realización de un tipo delictivo.

La diferencia entre la infracción de una norma de comportamiento y la de una exigencia de cuidado tiene a su vez otra importante consecuencia sistemática al interior del injusto imprudente, específicamente en lo que concierne a la función del riesgo permitido. Pues,

⁴⁰⁶ Así, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, p. 80; MONTIEL, «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *InDret*, 4 (2014), pp. 13 y ss.; TOEPEL, *Kausalität*, p. 38. Para una ponderación detallada de tales argumentos, VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 45 y ss.

⁴⁰⁷ NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW*, 99 (1987), p. 584.

⁴⁰⁸ Cfr. GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia*, pp. 22 y s.

⁴⁰⁹ Así, KINDHÄUSER, *REJ*, 22 (2015), pp. 19 y ss.; MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 21 y ss.; REYES ROMERO, «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Polít. Crim.*, 19 (2015), pp. 59 y ss.; VALIENTE IVAÑEZ, *RECPC*, 22 (2020), pp. 21 y ss.

concebido como un límite a la imputación a título de imprudencia, el riesgo permitido no excluye el carácter antinormativo de un comportamiento, ni, en consecuencia, opera como una norma permisiva que justifique su realización⁴¹⁰. Matar a otro, por ejemplo, constituye un comportamiento prohibido *simpliciter*. La referencia a lo permitido precisamente se agota en el *riesgo* generado a partir de la realización de cierta acción, jurídicamente tolerada dentro de ciertos márgenes de peligro, pero no alcanza al comportamiento antinormativo ejecutado en el contexto del desenvolvimiento de ese riesgo. Dicho de otro modo: la permisión se refiere a la falta de adopción de alguna medida de cuidado que pudiese haber asegurado las capacidades de evitación del agente *más allá* de lo que el cuidado objetivamente exigible requiere en esas circunstancias. Así, lo tolerado es el déficit de capacidad, no el comportamiento realizado bajo dicho déficit⁴¹¹. De ello se sigue que, en contrapartida, si un sujeto no ve comprometidas en modo alguno sus capacidades físicas y cognitivas de evitación, el hecho de haber actuado dentro de los parámetros de riesgo permitido no podrá fundamentar la exclusión de una imputación a título de dolo.

Como se ha visto hasta el momento, aunque la infracción de una exigencia de cuidado no integra el juicio de antinormatividad, sí cumple una función indispensable en la constitución de un injusto imprudente. En consecuencia, y en oposición a lo que patrocina cierto sector de la doctrina, crítico de la utilidad del llamado “deber de cuidado”, la imprudencia no puede reducirse exclusivamente a un problema de cognoscibilidad⁴¹². En efecto, si por cognoscibilidad se entiende el carácter potencial del conocimiento atribuible al agente imprudente con respecto a la realización de un tipo (posibilidad que él, aunque sea erróneamente, ha descartado), entonces la cognoscibilidad por sí misma nada fundamenta, ya que *epistémicamente* no tiene más valor que el de ser una instancia de desconocimiento⁴¹³. En cambio, si la noción de cognoscibilidad ofrece cierta capacidad de rendimiento es porque remite a la pregunta sobre las condiciones bajo las cuales un suceso efectivamente desconocido podría considerarse potencialmente conocido, y, *en tal virtud*, como cognoscible. Como ocurre con la evitabilidad del error, para la articulación de la imprudencia es indispensable un criterio que autorice a caracterizar como imputable

⁴¹⁰ A diferencia del estado de necesidad, que permite (en sentido fuerte), el riesgo permitido no representa una ponderación de bienes concretos en juego. Así, ya HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, p. 279. Que el riesgo permitido no excluye el tipo lo advierten, entre otros, BURKHARDT, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo» (trad. Pastor Muñoz), en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, p. 177, nota 95; KINDHÄUSER, *GA* (1994), p. 198; REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 158 y ss., quien, de hecho, sugiere modificar la expresión “riesgo permitido” por “riesgo tolerado”; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 322.

⁴¹¹ Así, KINDHÄUSER, *GA* (1994), pp. 216 y s.; MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), p. 28.

⁴¹² En esa dirección, sin embargo, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/4 y ss.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 12/3.

⁴¹³ Críticos sobre la reducción de la imprudencia a mera cognoscibilidad, BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, p. 179; KINDHÄUSER, *GA* (1994), p. 209, notas 42 y s.

—por evitable— el déficit epistémico que afecta al agente al momento de realizar el tipo en cuestión. La infracción de una exigencia de cuidado cumple dicho propósito. Por otro lado, pero íntimamente ligado a esto, cabe tener presente que no todo déficit cognoscible es *por esa razón* susceptible de considerarse evitable; antes bien, para ello es necesario que el agente efectivamente haya estado en una situación bajo la cual no solo era posible, sino además exigible que él adoptase cierta medida de cuidado⁴¹⁴. Al construirse sobre la expectativa de lo que se esperaría de un sujeto situado en la posición del agente, el estándar de cuidado reconoce como límite normativo no lo que el sujeto podría haber evitado, sino aquello que tenía que haber evitado. En breve: dado que no todo lo cognoscible necesita ser evitado, la cognoscibilidad no puede operar como criterio autónomo⁴¹⁵. Por último, por centrarse exclusivamente en los déficits epistémicos de un potencial agente imprudente, la articulación de la imprudencia como pura cognoscibilidad resulta forzosamente estrecha, pues es perfectamente factible imaginar casos en los que, en el preciso momento en que se realiza el tipo, el sujeto ya se ha percatado de estar realizando un comportamiento que, sin embargo, resulta físicamente incontrolable para él. Esto es lo que ocurre en los casos en que el agente pierde momentáneamente su control motriz por un descuido previo⁴¹⁶.

2.2. Identificación, modalidades e infracción del concreto cuidado exigible

En términos de teoría de la acción, las medidas de cuidado se dejan presentar como acciones auxiliares, por encontrarse destinadas a favorecer la ejecución de otra acción principal posterior⁴¹⁷. Concretamente, las medidas de cuidado son acciones auxiliares, porque, al posibilitar el resguardo o adquisición de las capacidades físicas y epistémicas del agente, lo dejan en posición de omitir o ejecutar intencionalmente una acción principal (en delitos comisivos: abstenerse de ejecutar la clase de acción prohibida; en los delitos omisivos: ejecutar la acción requerida). A su vez, en términos normológicos, esto se traduce en que las exigencias de cuidado no imponen una obligación de actuar *con* cuidado. Pues, aunque se trate de acciones funcionalmente conectadas —la de ejecutar

⁴¹⁴ Por ejemplo, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., p. 189, advierte que no es suficiente la pura capacidad de reconocer el peligro, sino que también es necesario deber reconocerlo (bajo la forma de una incumbencia). En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, 2001, p. 255, nota 752: “[t]odo lo que se debe hacer es porque se puede hacer, pero no todo lo que se puede hacer es debido u obligado”.

⁴¹⁵ El reconocimiento de este límite tiene relevancia especialmente a propósito del ejercicio de capacidades especiales, en donde las expectativas cifradas en el comportamiento de un determinado sujeto no pueden transformarse en la exigencia de comportamientos supererogatorios.

⁴¹⁶ Para un análisis detallado de estos casos, MOORE/HURD, «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, 2 (2011), pp. 165 y ss.

⁴¹⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 64 y s.; EL MISMO, *REJ*, 22 (2015), pp. 15 y ss. Kindhäuser distingue, por un lado, entre acción auxiliar preparatoria, la que ejecuta u omite una persona para poder realizar un actuar o un omitir contrario a una norma; y, por otro lado, una acción auxiliar precautoria, es decir, la que ejecuta u omite una persona para poder realizar un hacer u omitir conforme una norma.

una acción y la de preparar las condiciones para su ejecución—, ellas son independientes entre sí. Más bien, si un sujeto se propone realizar cierta acción, para evitar que ella sea una instancia de la realización de un tipo delictivo, *eventualmente* necesitará ejecutar otra u otras acciones que le prevengan de esa posibilidad. El fondo de esta idea es nítidamente reconocible en la llamada “imprudencia por asunción”, pero en realidad puede apreciarse en todas sus modalidades.

El procedimiento de identificación de la concreta exigencia de cuidado que ha de adoptar un sujeto en aras de asegurar sus capacidades de evitación con respecto a una *concreta* instancia de realización típica puede ser presentado de manera esquemática a través de un silogismo secundario⁴¹⁸, sostenido, a su vez, a partir del correspondiente silogismo primario. Un silogismo primario formulado en primera persona del singular exhibiría la siguiente estructura:

- (i) Si reconozco la prohibición de matar a otro como razón vinculante, (premisa mayor)⁴¹⁹;
- (ii) y advierto que si atropello al peatón *P* podría causar su muerte, (premisa menor)⁴²⁰;
- (iii) entonces, debo no atropellar al peatón *P*, (conclusión).

El silogismo primario permite ilustrar el razonamiento que conduce a que, respecto de un determinado sujeto, pueda fundamentarse a partir de la norma un concreto deber de acción

⁴¹⁸ Sobre la posibilidad de este silogismo secundario, véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 26. Con más detalle, *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.2.

⁴¹⁹ Conviene precisar que, desde Aristóteles, lo usual es que en la presentación de un silogismo práctico el lugar de una premisa mayor esté ocupado por un deseo o una intención, de modo que la conclusión designe aquello que permitiría al agente realizar dicha intención. Véase VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 2 y ss.; para este uso en la teoría jurídica, v. gr., GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma en G. H. von Wright*, 1995, pp. 99; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, pp. 146 y ss.; con diversos matices, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz*, pp. 174 y ss. Ahora bien, nada obsta a que el lugar de la premisa mayor pueda estar ocupado también por una regla o una norma, de manera que tal esquema de deliberación conduzca a su seguimiento. Para esto último, véase BRANDOM, *Making it Explicit*, pp. 245 y ss.; en esta línea en la dogmática penal, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 20 y ss.; desde otro punto de vista, véase SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ, *Polít. Crim.*, 24 (2017), pp. 1219 y ss. La diferencia es relevante, pues, por un lado, solo si la premisa mayor está ocupada por una norma de comportamiento la ejecución u omisión de la acción contenida en la conclusión podrá tenerse como una falta de reconocimiento de la misma, y no simplemente como la realización de alguna intención (eventualmente, irrelevante en términos jurídicos-penales); por otro lado, permite clarificar cuál habría de ser, en el contexto de una imputación jurídico-penal, el estatus de aquello que aparece en la conclusión de ese silogismo, a saber: el deber de ejecutar u omitir una determinada acción que puede contar como potencial quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada. En la filosofía de la acción el carácter de la conclusión (una acción, un auto-mandato, un plan, etc.) es debatido. Al respecto, BRENNENSTUHL, en LENK, (ed.), *Handlungstheorien interdisziplinär I*, p. 55.

⁴²⁰ La formulación en primera persona tiene como objetivo incluir las capacidades del agente de tal manera que el deber de acción susceptible de inferir del silogismo constituya una necesidad práctica subjetiva (es decir, vinculante para *ese* agente). Sobre la distinción entre inferencias prácticas formuladas en primera y tercera persona, véase VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 15 y ss., 23 y ss. Sobre la importancia de practicar esta distinción en el ámbito de la imprudencia, REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, p. 139.

o de abstención. Si el agente dispone de las capacidades epistémicas necesarias para concretar el contenido de la respectiva norma en deber, así como con la capacidad física para comportarse conforme a él, entonces la ejecución de esa acción podría fundamentar una imputación a título de dolo. Ahora bien, si el agente, en cambio, se propone dar cumplimiento al deber de abstención que se infiere de ese silogismo primario, necesitará resguardar sus capacidades físicas y epistémicas que, *dado el caso*, le permitirán evitar atropellar a un peatón, como eventual instancia de la clase de acción prohibida “matar a otro”. Para ello, puede asumirse como hipótesis normativa que un sujeto resguardará sus propias capacidades de evitación⁴²¹, con lo cual, nuevamente desde la perspectiva del agente, podría sostenerse un silogismo secundario, de la forma en que sigue:

(iv) Si reconozco la necesidad de resguardar mis propias capacidades de evitación en aras de estar en condiciones de cumplir con el deber descrito en (iii), (premisa mayor);

(v) y advierto que las medidas de cuidado *x*, *y*, *z* (*v. gr.*, no exceder los límites de velocidad, respetar las señales de los semáforos, mantenerse atento a las condiciones del tránsito, etc.) son idóneas para satisfacer (iv), (premisa menor);

(vi) Entonces, tengo que adoptar las exigencias de cuidado *x*, *y*, *z* (conclusión)

Más adelante, con ocasión de la aplicación coordinada de las estructuras de imputación que ofrecen la coautoría y la imprudencia podrá volverse con más detalle sobre este asunto⁴²². Por de pronto, únicamente interesa enfatizar que la exigencia de cuidado que ha de aplicar el agente en cuestión es estrictamente dependiente de la clase de capacidades de cuyo aseguramiento se trata, así como de la concreta acción cuya ejecución (o falta de ejecución) sería instancia de realización de algún tipo delictivo. De ahí que las medidas de cuidado tengan un carácter irreductiblemente situacional⁴²³.

Desde luego, el contenido propiamente tal de la medida dependerá del concreto ámbito de actuación en el que se sitúe el agente, debiendo recurrirse para su determinación a la normativa extrapenal que lo disciplina —si es que el sector está regulado—, y, en el caso de profesiones u oficios concretos, a las regulaciones específicas de tales ámbitos, así como a las normas técnicas diseñadas en atención al estado de la disciplina respectiva.

⁴²¹ Así como puede asumirse la hipótesis normativa de que los sujetos no infringirán las normas de comportamiento, también puede asumirse que, sobre la base de las expectativas cifradas en que asegurarán sus capacidades, adoptarán el cuidado exigido. Cfr. KINDHÄUSER, GA (1994), p. 212.

⁴²² Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.2.

⁴²³ Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 26, nota 35. Sobre este aspecto también habrá oportunidad de volver en la *Segunda parte* de esta investigación.

Como es sabido, las dificultades que envuelve la operación de individuación de la específica medida de cuidado que un sujeto tendría que adoptar para asegurar sus capacidades de evitación —o formulado desde la perspectiva de la doctrina dominante: para no incurrir en un riesgo jurídicamente desaprobado— han conducido a que se denuncie una infracción del mandato de determinación en los “tipos imprudentes”. Al margen de que, bajo el modelo aquí seguido, por estar consagrada al resguardo de las capacidades de evitación del propio agente, la infracción de una exigencia de cuidado opere como mecanismo de imputación, cabría tener presente dos aspectos. Por un lado, que aquello que se entiende críticamente como una falta de determinación típica de tales medidas de cuidado descansa justamente en la correlativa multiplicidad de alternativas bajo las cuales un sujeto podría comportarse conforme al cuidado exigido. Pues, como fuese ya registrado, no se trata de que el potencial autor *tenga que* ejecutar una acción *con* el cuidado *debido*, sino de que, si se propone ejecutar cierta acción (eventualmente riesgosa), necesitará adoptar *alguna* medida idónea para resguardar sus capacidades. Por esto, y más allá de las dificultades para su establecimiento, una regulación casuística de medidas de cuidado acaso resulte contraproducente, pues limitaría innecesariamente las alternativas de el o los agentes en cuestión, al tener que resguardar sus capacidades de evitación de una determinada forma (“la ordenada”). Por otro lado, precisamente en virtud del carácter estrictamente situacional que exhiben las medidas de cuidado, su contenido, como recién se ha señalado, dependerá fundamentalmente de qué clase de capacidad ha de resguardar el agente y con relación a qué específica clase de acción. En cualquier caso, nada obsta a la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, y de acuerdo con las reglas generales, el desconocimiento *excusable* por parte del agente con respecto a la concreta medida de cuidado que le hubiese permitido asegurar sus capacidades de evitación redunde en una exclusión de la imputación de un hecho a título de imprudencia⁴²⁴.

En lo que afecta a las modalidades del llamado cuidado exigible, desde las investigaciones de Engisch se ha impuesto la distinción entre “cuidado interno” y “cuidado externo”⁴²⁵, según la forma en que tendría que ser aplicado por el agente: como actividad interna, o bien, desplegando acciones u omisiones (externas) cuya contrapartida sería la ejecución de una acción peligrosa. Esta taxonomía cumple una importante prestación clasificatoria y será acogida en esta investigación⁴²⁶. Pero la distinción no ha de ser entendida en términos literales, es decir, en el sentido de la clase de actividad que su adopción requiere del agente, sino, más bien, en el modo en que ello incide en sus capacidades de evitación. De otra manera, se genera la impresión de que el agente tendría que aplicar un cuidado interno y *adicionalmente* otro cuidado externo, cuando en realidad se trata de dos aspectos

⁴²⁴ Para este último argumento, véase ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/97.

⁴²⁵ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 269 y ss.

⁴²⁶ Detalladamente sobre las modalidades del cuidado interno y externo, véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 69 y ss., 131 y ss. Tales modalidades serán trabajadas más adelante con ocasión de su aplicación a la coautoría en el injusto imprudente. Cfr. Cap. Séptimo, apdo. IV.2.3.

constitutivos del cuidado exigible⁴²⁷. Así como la previsibilidad y la evitabilidad no pueden ser analizadas como elementos independientes respecto a la infracción de una exigencia de cuidado —pues justamente la razón por la cual es exigible su adopción reside en que, mediante ella, la realización del tipo habría sido un evento previsible y evitable para el agente—, ocurre que también los componentes interno y externo del cuidado son funcionalmente interdependientes, dado que, si alguno de ellos falla, el agente no podría asegurar apropiadamente sus capacidades. Por esto, más bien, el componente interno del cuidado exigible está referido al ejercicio de capacidades cognitivas que podrían permitir que un sujeto advierta la posibilidad de realizar un comportamiento que satisfaría la descripción de un tipo delictivo, por lo que está conectado funcionalmente con la previsibilidad. El componente externo del cuidado exigible, en cambio, está referido a la aplicación efectiva de medidas tendentes a resguardar las capacidades de evitación del agente por referencia a la realización de una concreta instancia típica. En consecuencia, su adopción se encuentra funcionalmente conectada con la evitabilidad del agente, mas no porque mediante la aplicación del cuidado externo este sujeto directa e inmediatamente se abstenga de realizar un tipo delictivo —idea que subyace a la sugerencia que presenta al cuidado externo como un elemento común con los delitos dolosos—, sino precisamente porque resguarda en el agente una alternativa práctica de actuación (alternativa que, por esto, preserva tanto la posibilidad de *realizar o no* el comportamiento típico en cuestión). Así, el aspecto externo del cuidado se determina conforme a la clase de comportamientos que permitirían al agente —si se presenta el caso y se lo propone— evitar la realización de un comportamiento típico. Esto explica que en ocasiones se sostenga que el cuidado interno operaría como un presupuesto respecto del cuidado externo, bajo la fórmula: “peligro conocido, peligro conjurado”⁴²⁸, a pesar de que, al ser una conexión funcional, la relación entre ambas es pragmática, antes que conceptual⁴²⁹.

Avanzando a otro orden de consideraciones generales, en cuanto concierne a la infracción del estándar de cuidado, se torna indispensable distinguir entre el estatus del cuidado, como patrón de comportamiento, y el juicio relativo a la imputabilidad de su infracción.

⁴²⁷ En esa línea, véase KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, 6ª ed., 2015, § 15/49. Para la diferencia entre previsibilidad y evitabilidad conforme a cuidado, MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), p. 23.

⁴²⁸ BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, p. 184. Sobre esta conexión funcional, véase también STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, en ESER *et al* (eds.), *Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª, 2019, § 15/125.

⁴²⁹ Ahora bien, si por cuidado externo se entiende un comportamiento que no excede el riesgo permitido, es totalmente posible que no exista una conexión necesaria entre el cuidado interno y un comportamiento cubierto por el riesgo permitido: puede ser que esto último haya ocurrido solo por causalidad, a pesar del comportamiento altamente insensato de un sujeto. Cfr. la observación crítica de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 335. Con todo, lo relevante no es que un comportamiento que se mantiene dentro del riesgo permitido sea consecuencia del cuidado invertido por el sujeto, sino que el aspecto interno del cuidado es un presupuesto para que pueda reconocerse y, por ende, adoptarse la medida precautoria correspondiente. Nótese que un comportamiento *conforme a* cuidado no necesita expresar un comportamiento cuidadoso.

En efecto, las medidas de cuidado, en tanto que estándar de comportamiento (cuidadoso), tienen un carácter objetivo, pues su contenido no se articula en función del agente cuyo comportamiento necesita ajustarse a ellas, sino en función de lo que cualquier sujeto situado en la posición de dicho agente necesitaría realizar en aras de conservar o resguardar sus capacidades de evitación⁴³⁰. En cambio, una vez constatado que el comportamiento del agente no se ha correspondido con la expectativa de cuidado cifrada en cualquier otro que se hubiese encontrado en su misma posición, un asunto enteramente distinto es determinar si acaso, para imputar dicha falta de correspondencia, tienen que considerarse las capacidades y conocimientos de ese potencial autor, o, por el contrario, estos elementos han de someterse a un baremo generalizador⁴³¹.

Según una tesis tradicional, y todavía significativamente influyente, el estándar de cuidado cuyo incumplimiento da lugar a una imputación a título de imprudencia se construye en términos objetivos, pero, además, referenciado a un destinatario dotado de conocimientos y capacidades promedio. De esta manera, al procederse a nivel de injusto solo con arreglo a una lesión del “deber objetivo de cuidado”, determinado por el reconocimiento de una previsibilidad y una evitabilidad objetivas, el análisis de todo lo relativo a los “poderes individuales” del agente queda postergado a la culpabilidad, configurándose así lo que se denomina un “modelo de imprudencia de dos niveles”⁴³². En contraste con esta visión generalizadora, desde hace tiempo, y a partir de aproximaciones teóricas muy distintas entre sí, viene reclamándose la necesidad de individualizar las medidas de cuidado, de tal manera que solamente cuente como imprudente la infracción de estándares que el agente concreto, con arreglo a sus propios conocimientos y capacidades, efectivamente podría haber adoptado⁴³³.

Pues bien, en contra de la primera tesis enunciada habla decisivamente el hecho de que un baremo generalizador —sea convencional, como lo encarna la figura del “hombre medio”, sea un modelo idealizado—, aun dejando al margen las dificultades de su identificación, nunca podrá responder la pregunta acerca de si el agente en liza podría o no haber obrado conforme el cuidado objetivamente esperable de él⁴³⁴. Esta figura a lo

⁴³⁰ KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), p. 20: la imprudencia es “un uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”. En el mismo sentido, el detallado análisis de REYES ROMERO, *Polít. Crim.*, 19 (2015), pp. 85 y ss. Al respecto también Cap. Séptimo, apdo. IV.2.3.

⁴³¹ Fundamental para la distinción de los asuntos implicados en ambas preguntas, HART, *Punishment and Responsibility*, pp. 154 y ss.

⁴³² Véase, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 54 I. 3; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/24 y s.; PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/160.

⁴³³ Así, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 101 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 108 y ss.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 12/5; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/1; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 241 y ss.

⁴³⁴ Cfr. MOORE, *Placing Blame*, 2010, p. 412.

sumo podría exhibir valor heurístico, ya que los seres humanos compartimos un acervo epistémico y una base de capacidades psicofísicas, empero, la autonomía funcional del criterio está condenada a la contingencia de que el promedio coincida con las capacidades y conocimientos del sujeto concreto, lo que acusa su carácter superfluo a nivel de imputación *subjetiva*. Además, la necesidad de constatar previamente una “previsibilidad objetiva” tampoco reclama utilidad a nivel de injusto, pues —como señalara ya Burkhardt, vía denuncia de una infracción al principio de economía de análisis— la perspectiva objetiva *ex ante* de la que parte la tesis generalizadora supone calibrar la capacidad individual de evitación de un sujeto bajo parámetros objetivos que, en última instancia, igualmente habrán de ser (re)adaptados a él⁴³⁵. Por último, la propuesta mixta conforme la cual ha de “generalizarse hacia abajo” —las capacidades inferiores a la media no excluyen la tipicidad— e “individualizarse hacia arriba” —las capacidades superiores a la media no necesitan emplearse—⁴³⁶, enfrenta la dificultad de que un hombre promedio, por definición, no podría estar dotado de los conocimientos y capacidades del agente sin pasar a identificarse con él —o al menos, sin modificar con ello la propia figura del “hombre *promedio*”—, amén de que tampoco parece apropiado considerar conocimientos y capacidades especiales para ciertos efectos, pero no para otros⁴³⁷.

En consecuencia, la segunda de las tesis arriba enunciada acierta en que es indispensable, a nivel de imputación subjetiva, considerar desde ya las capacidades y conocimientos del agente concreto, esto es, un “modelo de imprudencia de un único nivel”. Pero, según se anticipó, que el juicio relativo a la (imputabilidad de la) infracción de una exigencia de cuidado se concentre en el agente y exclusivamente en sus capacidades no significa que la medida de cuidado infringida también sea individual⁴³⁸. No sería certero afirmar que quien, en un determinado contexto, se encuentra incapacitado para cumplir con el cuidado esperado, a raíz de tal incapacidad, tampoco hubiese infringido el estándar⁴³⁹.

Supóngase que un conductor, dentro de los límites de velocidad permitidos, no atiende un semáforo en rojo que, minutos antes, ha sido pintado con spray por otros sujetos, de manera que la señal resulta irreconocible, por lo que no puede evitar atropellar a un transeúnte. Nótese que, aunque la señal de tránsito haya resultado irreconocible, ello no permitiría negar que el conductor efectivamente cruzó un semáforo en rojo. La pretensión contraria conduciría a alterar el mundo efectivamente configurado. Así, que el

⁴³⁵ BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, pp. 165 y ss. En el mismo sentido, KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), p. 15 s.

⁴³⁶ Cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/57.

⁴³⁷ En una dirección similar las críticas de FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 5/31 y s.

⁴³⁸ Como acertadamente señala REYES ROMERO, *Polít. Crim.*, 19 (2015), pp. 62 y s., el hecho de que se atienda a la capacidad del sujeto no convierte en subjetiva la medida de cuidado, pues a quienes disponen de capacidades equivalentes y actúan en un mismo contexto se aplica un estándar equivalente.

⁴³⁹ Diferenciando ambas preguntas, véase también VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 260 y s., con nota 95.

comportamiento de ese conductor no pueda *imputarse* como imprudente no descansa en el hecho de haber ajustado su comportamiento al estándar de cuidado que resultaba aplicable a su respecto —en efecto, no lo ha cumplido—, sino más bien en el hecho de que la imputación de su falta de adopción depende de que el agente efectivamente haya podido aplicarla, presupuesto que en este ejemplo no se satisface.

La precisiones efectuadas permiten tomar suficiente distancia de la formulación probablemente más extendida de las teorías individualizadoras, conducente a la afirmación de “deberes individuales de cuidado”, así como del reparo asiduamente dirigido contra tales tesis, a saber: que “la norma se dirige a todos”, por lo que las teorías individualizadoras acabarían —conforme dicta esa objeción— por suprimir los límites entre antijuridicidad y culpabilidad⁴⁴⁰. Semejante crítica toma como presupuesto —a tenor del proceder de la doctrina dominante— la introducción del llamado “deber de cuidado” en el tipo, operación que aquí justamente ha sido cuestionada, por no distinguir el distinto nivel de asuntos implicados en la pregunta por la contradicción de una norma de comportamiento y por la infracción de una exigencia de cuidado. Al margen de lo anterior —y, por ende, haciendo abstracción de que, conforme el modelo aquí seguido, la capacidad individual no condiciona la antinormatividad de un comportamiento—, a la acusación de una confusión entre antijuridicidad y culpabilidad parece subyacer un *non sequitur*. En efecto, las tesis individualizadoras, por sí mismas, tampoco han de conducir necesariamente a la consecuencia que se les atribuye, pues la consideración de los poderes individuales como requisito para la aplicación de la imprudencia solo tiene por objeto indagar si acaso el suceso era en alguna medida evitable para el agente, pero no pregunta acerca de las razones motivacionales de por qué no ha podido evitarlo.

A raíz de todo lo anterior, solo cabe registrar las siguientes consecuencias. Tratándose del problema relativo a las “capacidades y conocimientos especiales”, la solución dependerá de la situación en que efectivamente se encuentre el agente. Los conocimientos y, por ende, las aptitudes superiores a la media fundamentan *su particular* poder de evitación, siempre y cuando exista la expectativa normativa de que un sujeto situado en la posición del potencial autor habría ejercido tales capacidades. Nótese, sin embargo, que no solo se trata de las capacidades individuales del agente en cuestión, sino también de que este sujeto, en ese concreto momento, haya estado en condiciones de ponerlas en ejercicio. De otro modo, se correría el riesgo —generalmente en perjuicio del agente— de dispensar un tratamiento generalizador a sus poderes individuales⁴⁴¹. En cambio, una medida de cuidado que no ha sido seguida por alguien cuyos conocimientos y capacidades relevantes

⁴⁴⁰ Véase por todos ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/60.

⁴⁴¹ Para la distinción entre un “poder general” y un “poder particular”, con respecto a las capacidades de un mismo sujeto, HONORÉ, «Can and Can't», *Mind*, 292 (1964) pp. 463 y ss. Para una precisión conducente a una restricción análoga, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 11/47.

para el caso son inferiores a los de la media, y siempre que dicho déficit no resulte a su vez imputable, en términos de haber estado disponible para él la posibilidad de soslayar o superar dicho déficit, quedaría excluida una imputación por vía de imprudencia.

Como último aspecto preliminar que conviene registrar a nivel general, nótese que la infracción (incluso imputable) de una exigencia de cuidado no fundamenta por sí misma la operatividad de la imprudencia como mecanismo de imputación referida a la respectiva realización típica. Para ello, antes bien, es necesario que se establezca el correspondiente nexo de imputación —a veces también llamado “nexo de antijuridicidad”, “relación de riesgo” o “conexión de contrariedad a deber” (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)— entre las condiciones bajo las cuales se realiza el comportamiento que satisface la descripción de un tipo delictivo y la infracción de esa exigencia de cuidado. De acuerdo con esto, el respectivo nexo de imputación no se desempeña como un límite a la responsabilidad por imprudencia, sino como *elemento constitutivo* del injusto imprudente como tal. Luego, lo contrario a cuidado es el comportamiento que explica el déficit actual en las capacidades de evitación del agente⁴⁴²; la imprudencia es la estructura de imputación (extraordinaria) a través de la cual, y sobre esta base, puede atribuirse al sujeto la realización del respectivo tipo. Esta relación es de índole normativa —y no causal—⁴⁴³, pues su función no consiste en confirmar si acaso el resultado lesivo habría tenido igualmente lugar, sino que la inevitabilidad derivada del incumplimiento del cuidado exigido sea efectivamente la *explicación* de por qué el agente no pudo evitar la realización del tipo⁴⁴⁴. Con lo anterior puede relacionarse la igualmente extendida tesis según la cual la infracción de una medida de cuidado, como tal, solo exhibe carácter indiciario con respecto a la configuración del respectivo nexo de imputación⁴⁴⁵.

⁴⁴² Así, ya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, 1958, p. 258: “el error puede sin duda determinar una imprudencia (...), pero en no pocas ocasiones es la imprudencia *ex origine* la que da lugar al error”; y BURKHARDT, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, p. 177: “la valoración errónea debe ser *consecuencia* de la falta de ese cuidado”. (Cursivas del original). Cfr. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 229, con múltiples referencias en el mismo sentido.

⁴⁴³ En lo cardinal, tal tesis puede leerse ya en ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 270, cuando advierte que tan posible es que un trabajador, por ejemplo, invierta la mayor atención posible en lo que ejecuta y, sin embargo, no consiga hacerlo correctamente, como que haya obrado de manera completamente imprudente y precipitada, acertando, no obstante, al realizar correctamente su labor.

⁴⁴⁴ Así, KINDHÄUSER, *GA* (1994), pp. 206 y s., especialmente nota 33.

⁴⁴⁵ Así, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 202; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/16. Considérese, por otro lado, que el carácter indiciario es bidireccional, en el sentido de que las normas administrativas o técnicas podrían expresar la expectativa de comportamiento cifrada en quien se desenvuelve en ese sector del tráfico, por lo que su cumplimiento podría ser indicio de un comportamiento conforme a cuidado. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en EL MISMO/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, pp. 45 y s., quien, además, señala que es posible que se infrinja una disposición administrativa sin que se afirme la existencia de un riesgo jurídico-penal; y, viceversa, que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado. Ahora bien, nótese que en ambos casos —en el del seguimiento como en el de incumplimiento de la respectiva norma administrativa o técnica—, una imputación a título de imprudencia solo podrá fundamentarse en tanto en cuanto el específico déficit de capacidad que padece el sujeto al momento de realizar el tipo sea explicable

Sobre el llamado nexo de imputación y los grupos de casos que suelen ser tematizados a propósito de su falta de establecimiento, habrá oportunidad de volver detenidamente con motivo del análisis de la coautoría en el injusto imprudente⁴⁴⁶.

2.3. Excurso: sobre la distinción entre consciencia fenoménica y disposicional como modalidades de infracción del cuidado exigible

Según una clasificación tradicional, puede distinguirse entre “imprudencia consciente” e “imprudencia inconsciente”. Bajo los términos en que suele formularse tal clasificación, el criterio empleado es la representación o no, por parte del potencial autor, de la posibilidad de realizar el respectivo tipo delictivo. Con todo, de esta manera se pierde de vista que el autor imprudente (por un error de tipo) siempre ignora que, mediante su comportamiento, satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo⁴⁴⁷. Por esto, la taxonomía en liza cobra mayor rendimiento cuando se adopta como objeto de referencia no la realización del tipo, sino más bien la propia infracción de una exigencia de cuidado. Así, por de pronto, puede señalarse que obra con “imprudencia consciente” quien se representa que ha dejado de adoptar una medida de cuidado —así como el eventual riesgo que dicha infracción inmediatamente podría generar—, o bien, cuando menos, las circunstancias bajo las cuales tendría que haber adoptado tal medida. Por contraste, obra con “imprudencia inconsciente”, quien no se representa ni reconoce ninguna de las circunstancias antes descritas.

La llamada imprudencia inconsciente tradicionalmente ha generado problemas en lo concerniente a su compatibilidad con el principio de culpabilidad (en sentido laxo)⁴⁴⁸. Tal preocupación se justifica plenamente, pues, tratándose de un criterio de imputación *subjetiva*, tendría que resultar estrictamente indisponible una perspectiva de primera persona bajo la cual el suceso haya resultado evitable también para el propio agente, y no únicamente desde la perspectiva de un tercero espectador. Por esto, la plena imputabilidad de la infracción de una exigencia de cuidado, como presupuesto de una imputación por

en función del incumplimiento de la normativa en cuestión (que entonces se habrá concretado como exigencia de cuidado) o de la falta de adopción de otra medida de cuidado idónea para tales efectos.

⁴⁴⁶ Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.5.

⁴⁴⁷ Así ya QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, p. 167: “culpa con previsión” y “culpa consciente” no son lo mismo. La falta de previsión del resultado es constitutiva de toda imprudencia.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 711 y ss., ha manifestado categóricamente que la única solución respetuosa del principio de responsabilidad subjetiva sería la de imputar al sujeto aquello que queda abarcado por su representación de la realidad.

imprudencia, excluye que pueda tener lugar algo así como una “imputación extraordinaria en sede de imputación extraordinaria”⁴⁴⁹.

Aquí se analizarán brevemente dos argumentos: por un lado, la necesidad de ampliar el concepto de imprudencia “consciente” de modo tal que resulte consistente con nuestras prácticas cotidianas; por otro lado, el análisis eventualmente “escalonado” al que podría conducir la determinación de la infracción de una exigencia de cuidado.

En la dogmática penal suele emplearse una noción de consciencia injustificadamente restrictiva, en donde ella queda reducida a la idea de representación —en estricto sentido, cabría entonces hablar de una “imprudencia con representación”—, en circunstancias de que esta última solo es una forma de consciencia. En efecto, los estados intencionales —incluyendo aquí una amplia gama, tales como creencias, intenciones, deseos, esperanzas, temores, etc.— pueden ser tenidos no solo fenoméricamente, es decir, siendo objeto actual de representaciones explícitas, sino también de manera latente o implícita⁴⁵⁰. Dado que la mente humana se ocupa simultáneamente de una multiplicidad de tareas, son excepcionales las ocasiones en que un sujeto centra su atención exclusiva en la ejecución de una sola labor. Si las acciones conscientemente ejecutadas quedaran reducidas solo a las captadas por las representaciones de un sujeto —y, con ello, bajo un estado meta-intencional por medio del cual el sujeto se rinde cuenta así mismo de lo que hace—, entonces la regla general sería actuar en forma inconsciente.

Sin embargo, no es necesario en todo momento dicho grado de atención: la articulación de premisas en nuestro razonamiento práctico no supone representaciones de alto orden de manera permanente. Generalmente basta con que un agente tenga a su *disposición* la posibilidad de generar (de manera no inferencial) representaciones de orden superior —de ahí que pueda hablarse de una consciencia disposicional⁴⁵¹—, lo cual ya le permitiría utilizar como guía de comportamiento aquella información con la cual dispone de manera latente o implícita, sin desplegar un excesivo esfuerzo cognitivo para recuperarla. Como herramienta heurística de ponderación, un *test de disposicionalidad* podría consistir en consultar (hipotéticamente) a un sujeto qué es lo que hace, de modo tal que pueda reportar

⁴⁴⁹ Así como la infracción de una norma de comportamiento ha de ser subjetivamente imputable, también debe serlo la de la correspondiente exigencia de cuidado. Sobre este asunto, VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 322. Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 550, a propósito de casos en los que, según su modelo, no se establece la relación comunicativa necesaria para hablar de infracción de una norma principal; en los que sí, en cambio, “el comportamiento negligente sería en realidad la infracción dolosa de la norma subordinada de orden inferior que le obliga a estar atento a la ocasión de cumplimiento de la principal”.

⁴⁵⁰ Con más detalle y referencias ulteriores sobre esta distinción, GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, 2 (2019), pp. 17 y ss.

⁴⁵¹ Para esto véase CARRUTHERS, *Consciousness. Essays from a Higher-Order Perspective*, 2005, pp. 55 y ss., 93 y ss., 147 y ss.

(bajo condiciones ideales de sinceridad) el comportamiento que está ejecutando⁴⁵². Una imputación a título de imprudencia podrá fundarse en la medida en que el respectivo agente haya sido disposicionalmente consciente del comportamiento que realiza *bajo la descripción* que ameritaba de él la adopción de cierta medida de cuidado. Por ejemplo, si dos sujetos arrojan una pesada viga a la acera, han de ser conscientes (siquiera en forma disposicional) de que, por un lado, arrojar una pesada viga a la acera es una acción potencialmente peligrosa, y de que ellos, por otra parte, se encuentran ejecutando dicha acción; si no se cumplen tales condiciones, los sujetos sencillamente carecerían de razones para reconocerse situados ante la necesidad de adoptar alguna medida de cuidado.

Ahora bien, no todos los casos que la doctrina dominante incardinaría dentro de la noción de imprudencia inconsciente pueden solucionarse con arreglo al concepto de consciencia recién estipulado. En los casos de olvido, el sujeto ni siquiera es disposicionalmente consciente de estar realizando las circunstancias fácticas que ameritarían de él la adopción de una exigencia de cuidado, pues, bajo esa descripción, ya se ha desentendido de su acción. Para utilizar un ejemplo prototípico: A abandona su casa dejando el horno encendido, suponiendo que no tardará más que unos minutos en hacer una compra; de regreso a casa, A se encuentra con un amigo, olvidándose por completo del horno, por lo que no puede evitar que, media hora más tarde, se produzca un incendio. Si en un supuesto como el recién descrito se efectuara una imputación a título de imprudencia basada en el desconocimiento que afecta a A al momento de realizarse el tipo, dicha imputación infringiría el principio *ultra posse nemo obligatur*, pues en ese preciso instante A carecía de la posibilidad de evitar la producción del incendio. Pero la imputación por imprudencia tampoco podría fundarse en que, antes de que tuviese lugar la realización del tipo, en lugar de continuar con la conversación con su amigo, A hubiese regresado a casa para apagar el horno, pues en ese momento, por padecer ya del olvido, tampoco tiene razones epistémicas para formarse la intención de tomar la precaución de regresar para apagar el horno. Por último, sí podría adscribirse a A la falta de adopción de una medida de cuidado que le hubiese prevenido de olvidar la acción potencialmente riesgosa emprendida (pero inicialmente cubierta por el riesgo permitido). En ese sentido, en los casos de olvido se da una estructura de “infracción escalonada” de medidas de cuidado, en las que, a pesar de que la primera y más inmediata a la realización del tipo no puede imputarse subjetivamente, por carecer el agente de las capacidades para adoptarla, existe otra medida previa que sí podría haber ejecutado y cuyo “momento de imputabilidad” puede reconducirse —comoquiera que el olvido es un proceso— al instante en que el agente

⁴⁵² Fundamental, HUSAK, «Distraction and Negligence», *Essays in Honour of Andrew Ashworth*, pp. 85 y ss., aunque a propósito de una posible aplicación de la llamada *recklessness* (categoría que podría abarcar casos que en la dogmática continental son susceptibles de incardinar en el dolo eventual), razón por la cual el objeto abarcado bajo la formulación de dicho *test* en el trabajo de Husak es distinta a la aquí ofrecida.

sustituye intencionalmente la acción potencialmente riesgosa que ejecuta (luego olvidada) por otra distinta sin adoptar las precauciones necesarias para controlar o mitigar dicho riesgo (originariamente permitido)⁴⁵³. Como podrá apreciarse, se aplica aquí solo una *estructura* que es común con la de la *actio libera in causa*, sin que se trate propiamente de un subcaso, pues la pregunta involucrada no es el carácter libre de la acción en su causa, sino ya la de si puede o no reconocerse alguna forma de capacidad de acción en el sujeto, a cuyo cargo pueda fundamentarse la evitabilidad (secundaria) del suceso en cuestión. Por último, que en estas constelaciones la imputación no exceda los límites del principio de culpabilidad dependerá crucialmente de que, bajo dicho momento de imputabilidad, la realización del tipo delictivo haya resultado efectivamente previsible para el agente y de que, por supuesto, el nexo de imputación no se fracture en el camino⁴⁵⁴.

III. Recapitulación

En este capítulo han intentado defenderse dos ideas fundamentales. La primera de ellas consiste en que el dolo y la imprudencia representan criterios adscriptivos en el sentido fuerte de la expresión, esto es, categorías externas a la norma de comportamiento, cuya diferencia radica en la forma de evitabilidad que, a través de cada una de tales categorías, puede atribuirse a uno o más sujetos por la realización de un tipo delictivo.

La segunda de las premisas cardinales defendidas en este capítulo descansa en la clase de vínculo interno predicable entre dolo e imprudencia, a saber: que esta última es un criterio subsidiario de imputación, dado que presupone la exclusión del dolo, y además es un criterio de imputación extraordinaria, pues la atribución de un hecho a título imprudente requiere de la afirmación de un fundamento jurídico adicional. Semejante fundamento reside justamente en la infracción imputable de una exigencia de cuidado, cuya adopción habría permitido al sujeto en cuestión, cuando menos, disponer de las capacidades necesarias para haber estado en condiciones de evitar —si se lo hubiese propuesto— la realización de un tipo delictivo.

Los presupuestos teóricos sobre los cuales descansa la comprensión de la imprudencia aquí acogida, y que servirán de base para su aplicación al contexto de la coautoría, se retomarán y, en su caso, profundizarán en la *Segunda parte* de esta investigación.

⁴⁵³ Sobre estos casos de “infracción escalonada” de medidas de cuidado, a propósito de la imprudencia “inconsciente”, véase también MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), p. 33.

⁴⁵⁴ Para tales y otros límites adicionales a dicha operación, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 527, 730 y ss.; VOGEL, *LK-StGB*, 12ª ed., § 15/306.

CAPÍTULO CUARTO. POSIBILIDAD Y DEFENSA DE UNA CONCEPCIÓN DIFERENCIADORA DE INTERVINIENTE EN EL INJUSTO IMPRUDENTE

I. Concepciones de autoría e injusto imprudente: breve decurso de la discusión

1. A modo de introducción: concepciones unificadoras, extensivas y exclusivas de autor en el injusto imprudente

En la discusión dogmática relativa a los modelos de intervención delictiva lo que suele desarrollarse son concepciones de autoría, antes que conceptos propiamente dichos. Esta nota se advierte con especial facilidad cuando se interroga acerca de la plausibilidad de aplicar tales modelos al injusto imprudente, ya que tampoco comparece aquí un solo concepto unitario de autor, sino más bien concepciones heterogéneas mancomunadas por su renuncia a una sistemática diferenciadora. Tal rechazo, cuando menos a nivel teórico, no se agota en la prescindencia de categorías de intervención accesoria, pues devienen asimismo innecesarias figuras como la coautoría y la autoría mediata.

Como pronto se verá, al examinar su aplicación teórica al ámbito de la imprudencia, son varias y variadas las formas de fundamentar materialmente el tratamiento indiferenciado de quienes concurren en un injusto imprudente. En procura de comprender mínimamente la brecha que las separa, y haciendo abstracción de consideraciones críticas por el momento, a modo preliminar, conviene poner de manifiesto sus respectivas estructuras, para lo cual nuevamente viene en consideración la distinción entre concepciones unificadoras, exclusivas y extensivas de interviniente⁴⁵⁵.

Una *concepción unificadora* de interviniente —o de autor, según la taxonomía tradicional— es reconocible por que solo existe una categoría bajo la cual un sujeto podría concurrir con otros en un hecho delictivo, a saber: la de autor. La equivalencia causal de los aportes —uno de los fundamentos de las concepciones unificadoras formales— sirvió durante largo tiempo como argumento en favor de que en el injusto imprudente todo interviniente habría de contar ya como autor⁴⁵⁶. Pero, desde luego, no ha sido el único. Al contrario, cabe anticipar que las razones por las que *se obtiene* una concepción unificadora en el delito imprudente divergen en importante medida de los argumentos sobre los cuales descansan los sistemas formales y funcionales ortodoxos. Ello permite avanzar que la concepción unificadora resultante no constituye, por lo general,

⁴⁵⁵ A nivel general, véase *supra* Cap. Segundo, apdo. I.1.

⁴⁵⁶ Para esto véase PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 369 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, pp. 324 y ss.

propiamente una tesis sobre la autoría, sino más bien consecuencia de la *identificación* de una determinada comprensión del injusto imprudente con la noción de autor.

De acuerdo con una observación ya enunciada, una particular nota de las concepciones unificadoras es que ellas no se abstraen por completo de la relación que existe entre los codelincuentes —pues se razona todavía sobre la base de la intervención de varios sujetos en *un* delito—, sino que, más bien, tienden a rechazar que tal relación condicione la *estructura* por cuyo medio se imputará el hecho delictivo, estructura que opera para todos indistintamente, y procurándoles, en principio, idéntica pena. Al contrario, la tendencia a atribuir a los sistemas unitarios la característica de valorar aisladamente el comportamiento de cada interviniente es una tesis que opera sobre la representación de una unidad previamente existente que se desintegraría. Sin embargo, lo aislado, entendido aquí como independiente, describe más bien el régimen punitivo al que quedan sometidos los intervinientes, a saber, uno que los castiga como si hubiesen actuado en solitario. En virtud de esta precisión, puede comprenderse por qué, aun en el contexto del llamado sistema unitario formal, tienden a exigirse requisitos que presuponen la existencia de un “concurso de personas” (o de codelincuencia)⁴⁵⁷, y por qué, a su vez, las categorías de un sistema unitario funcional —los autores por “determinación” y por “contribución”— representan auténticas figuras de *intervención* delictiva. El escenario esbozado contrasta, sin embargo, con al menos una —y quizá la más extendida— de las vías de fundamentar una concepción unificadora de autor en los delitos imprudentes: aquella que por razones conceptuales niega la posibilidad de que sea concebible la intervención de varios en un mismo hecho, cuando el título de imputación subjetiva es la imprudencia. Pues ya la comprensión de un “deber *individual* de cuidado”, integrado en el núcleo duro del “injusto típico imprudente”, limitaría las posibilidades de una auténtica relación de intervención.

Acaso con arreglo a una *concepción exclusiva* de autor quepa describir de modo más preciso la variante anterior. De conformidad con las disquisiciones preliminares aquí efectuadas, la decisión acerca de la distinción entre autor y partícipe presupone otra analíticamente previa: la que determina que no toda intervención fundamenta autoría. Que a esta última generalmente suceda la primera no ha de oscurecer el hecho de que la diferenciación es contingente. Pues bien, cuando la condición de responsable jurídico-

⁴⁵⁷ Justamente porque no es trivial que exista un “concurso de personas”, cuyo desenvolvimiento teórico se subordina al cumplimiento de ciertos requisitos, versus lo que representaría la simple coincidencia de varios autores en un mismo hecho, en Italia se discute cuál es el estatus de la cooperación en el delito culposo que regula el artículo 113 del CPI. Quienes consideran que dicha norma no es una especificación del modelo de intervención delictiva establecido en el artículo 110, relativo al concurso de personas en el delito, discuten acerca de la necesidad de exigir, también para la cooperación en el delito culposo, elementos tales como el conocimiento de que se actúa conjuntamente con otros. Desde dos puntos de vista distintos, véase CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, pp. 126 y ss.; y RISICATO, «Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze», *RIDPP* (1998), pp. 162 y ss.

penalmente se predica no de cualquier sujeto, sino únicamente de quien reúne la condición previa de autor, entonces puede afirmarse que, por mor de su exclusividad, tal categoría descarta la posibilidad de otras diversas. Así pues, según una concepción exclusiva de autor en el injusto imprudente, solo podría castigarse a sujetos que revistan la condición de autores. Ahora bien, dicha concepción, además, podría desempeñarse como un *concepto restrictivo*, en caso de circunscribirse a una forma determinada de autoría: la *directa*⁴⁵⁸. A ello da lugar la tesis según la cual cada comportamiento contrario a cuidado que contribuye a la realización de un tipo constituye, por sí mismo, un hecho delictivo, por lo que no se alcanza a generar un supuesto de intervención. Así, la pluralidad de agentes se vería reflejada en una pluralidad de delitos —de modo similar a la llamada “autoría paralela”—, consecuencia a la que, en cambio, no se arriba desde la perspectiva de una comprensión unificadora estándar, en la cual sigue discurriéndose en torno de una pluralidad de agentes respecto de una unidad delictiva.

La distinción que en términos estructurales exhiben las concepciones unificadoras y exclusivas de interviniente en el injusto imprudente queda patentizada en el hecho de que, aunque el artículo 113 del CPI regule expresamente lo que allí se rotula “cooperación en el delito culposo”, reservando para dicha constelación la misma pena a todos los sujetos, hay quienes reconocen en esta figura un “concurso impropio”, sustrayéndola de las reglas generales relativas al “concurso doloso”, precisamente con cargo a la imposibilidad conceptual que afectaría a una genuina cooperación por imprudencia⁴⁵⁹. Por su lado, aunque el ÖStGB no consagre una regulación específica relativa a los delitos imprudentes, en el marco del sistema unitario funcional que acoge, desde hace tiempo se debate la posibilidad de si acaso la “autoría por determinación” y la “autoría por contribución” son o no formas de autoría susceptibles de imputar a título culposo⁴⁶⁰.

Así, puede concluirse preliminarmente lo siguiente: de la admisión de un sistema o de una concepción según la cual han de quedar sometidos a la misma pena todos los sujetos cuyo comportamiento (descuidado) ha contribuido a la realización de un tipo delictivo no se sigue inmediatamente un compromiso teórico en favor del llamado concepto unitario.

⁴⁵⁸ Según observaciones previas (cfr. Cap. Segundo, apdo. I.1.) una concepción diferenciadora, que distingue entre modalidades principales y accesorias de intervención, también podría ser restrictiva, si en cierta clase de delitos se excluye la aplicación de determinadas modalidades de intervención. Así, por ejemplo, si en los delitos impropios de omisión se considerase factible la distinción entre autor y partícipe, y, sin embargo, se reconociera como única modalidad principal a la autoría directa, excluyéndose a la coautoría y a la autoría mediata por innecesarias. Sobre esto último, véase *infra* Cap. Octavo, apdo. I.2.

⁴⁵⁹ Así ya ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale* (al cuidado de L. Conti), 16ª ed., 2003, p. 588, para quien, en el delito culposo, no es configurable una verdadera co-participación criminal, pues, al faltar una referencia a un elemento constitutivo del delito (el resultado), solo podría hablarse de un concurso *sui generis*, o de un concurso impropio.

⁴⁶⁰ Instructivas aún las observaciones de TRIFFTERER, *Die österreichische Beteiligungslehre*, pp. 80 y ss.

Por último, bajo ciertas condiciones, cabría también hablar de una *concepción extensiva* de interviniente⁴⁶¹. En efecto, que *de lege lata* un ordenamiento diferencie modalidades de autoría y participación no excluye la posibilidad de que los preceptos relativos a estas últimas sean, desde un plano hermenéutico, concebidos como cláusulas restrictivas de la punibilidad. La consecuencia crucial que se sigue de ello consiste en que, de no existir tales cláusulas, ningún impedimento legal hablaría en contra de la posibilidad de castigar a título de autoría comportamientos imprudentes que, de ser imputados a dolo, representarían actos de inducción o de complicidad. Con otras palabras, dado el carácter residual que la noción de autor exhibe bajo las concepciones extensivas, la ausencia de preceptos que castiguen la participación imprudente podría interpretarse como la voluntad del legislador de considerar tales comportamientos como constitutivos de autoría⁴⁶².

Si las posibilidades constructivas acabadas de esbozar son trasladadas al contexto de una regulación que ya expresamente parte de la distinción entre autor y partícipe, como hacen la española, la chilena y la alemana, cabe añadir lo siguiente. Quien intente trasladar al injusto imprudente una concepción unificadora ha de interpretar los preceptos de la Parte general como institutos exclusivamente aplicables a hechos dolosos, ya que aquella comprensión se aparta de la distinción entre autor y partícipe. Así, para el contexto de las regulaciones española y chilena, cuyos Códigos no especifican el carácter doloso o imprudente ni de la participación, ni del hecho principal, por de pronto, resultaría sistemáticamente inconsistente defender la existencia de un sistema unitario de interviniente solo en el injusto imprudente. En Alemania, en cambio, en donde el StGB expresamente hace referencia a la participación dolosa en hechos antijurídicos dolosos, lo anterior indica la impropiedad de recurrir a dicha reglamentación como argumento aparentemente favorable al reconocimiento de un sistema unitario en el injusto imprudente, dado que este sistema justamente se caracteriza por desconocer la distinción categorial en liza; quien la invocara con tal pretensión incurriría en una contradicción performativa. Por esto, desde las coordenadas de una concepción unificadora, resulta más congruente aludir a la apertura de algunos tipos resultativos susceptibles de imputar a título de imprudencia, aun cuando este argumento —por razones que más adelante se aportarán— sea controvertible. La misma opción interpretativa se halla disponible para quienes consideren que se impone aquí una concepción exclusiva de autoría directa, con la particularidad de que, en vista de la restricción que ella supone en parangón con una

⁴⁶¹ Como se observó en su oportunidad, el adjetivo “extensivo”, con el que tradicionalmente se caracteriza a este concepto de autor, solo se encuentra disponible desde la óptica conceptual opuesta (la de un concepto “restrictivo”). Más bien, lo que se extiende, bajo aquella lectura, es la noción de interviniente, que reconoce en la de autor una categoría que opera por defecto, salvo que se especifiquen formas de participación.

⁴⁶² Cfr. WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 123. Lo que aquí se califica como carácter residual del concepto de autor manejado desde una noción extensiva de interviniente, se corresponde con lo que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, pp. 281 y ss., también en tono crítico, denomina carácter secundario.

concepción unificadora estándar, habrían de quedar desplazados de este ámbito los comportamientos que no cumplen los presupuestos exigidos por la respectiva concepción de injusto imprudente que se patrocine. Por fin, quien juzgue plausible el desempeño de una concepción extensiva en el injusto imprudente necesitará —como también el defensor de alguna teoría diferenciadora— acudir a los preceptos respectivos de la Parte general, pero para verificar si existen cláusulas que limiten el castigo, bajo la forma de participación, de comportamientos que, por defecto, serían constitutivos de autoría.

La coincidencia (o no) de resultados a la que puedan arribar concepciones unificadoras, exclusivas o extensivas de interviniente en el injusto imprudente dependerá del contenido específico con arreglo al cual se estructuren tales concepciones, pero también de cómo se interpreten los preceptos de la Parte general relativos a la participación. Por ejemplo:

A, de manera contraria a cuidado, ofrece una suma de dinero a B con tal de que este último omita detener la marcha en un semáforo en rojo; B, de manera contraria a cuidado, no advierte la presencia del transeúnte C, quien muere a causa de su atropello.

Una concepción unificadora formal sostendría que A debe responder como autor de un homicidio imprudente, ya que, independientemente de la calidad de su aportación, A también ha infringido un deber de cuidado que contribuye causalmente a la producción del resultado. Desde la perspectiva de una concepción apoyada en el sistema unitario funcional, la única diferencia residiría en que A exhibiría la condición de “autor por determinación”. A partir de alguna tesis susceptible de incardinar en una concepción exclusiva de autor, sin embargo, cabría negar la responsabilidad de A, si (y solo si) el concepto de autor que maneja dicha tesis no autoriza la subsunción de acciones auxiliares bajo la descripción “causar la muerte de otro”. Con arreglo a una concepción extensiva, sería posible afirmar la calidad de autor por parte de A, siempre que no exista en la Parte general un precepto que expresamente permita restringir su responsabilidad bajo la condición de partícipe. Por fin, si se defiende una concepción diferenciadora —sobre lo cual se volverá con más detalle en el siguiente apartado—, la eventual responsabilidad de A dependerá de la respuesta a dos preguntas, a saber: la de si es conceptualmente factible la participación imprudente en esa clase de injusto, y la de si es punible dicha modalidad de intervención.

Con este análisis preliminar se ha pretendido situar conceptualmente la discusión que será abordada en este capítulo, y al mismo tiempo enfatizar la notable diferencia estructural que eventualmente puede subyacer a tesis que tienden a ser aglomeradas sin más bajo la etiqueta de un “concepto unitario de autor en el delito imprudente”.

2. Consideraciones al hilo del predominio de las concepciones diferenciadoras en la dogmática española

La tesis que aplica la distinción entre autor y partícipe al injusto imprudente tradicionalmente ha sido —y continúa siendo— opinión dominante en España. Probablemente ello se deba a que el régimen legal de accesoriadad de la participación se ha mantenido al margen de decidir —por la vía de especificar o de excluir— de su ámbito a los hechos imprudentes. Pero también, como suele reconocerse en la misma doctrina española, a que la influencia del finalismo en materia de intervención delictiva no ha alcanzado los mismos niveles que en Alemania. Con todo, dada la variedad de argumentos manejados en favor de una y otra dirección, resulta pertinente un análisis diferenciado, aunque cifrado a sus aspectos esenciales, como brevemente se ofrece enseguida.

a) Rechazo de la distinción entre autor y partícipe

Por razones vinculadas a la articulación interna de la intervención delictiva, a sus modalidades accesorias, o por ambas a la vez, a la solución mayoritaria desde un inicio se han opuesto voces discrepantes por estimar improcedente la distinción entre autor y partícipe en hechos imprudentes.

Por referencia al carácter doloso que habrían de exhibir necesariamente tanto el comportamiento del partícipe como el hecho principal al que accede, y aunque sin manifestarse explícitamente en favor de un concepto unitario de autor, ya Jiménez de Asúa se expresaba en contra de la posibilidad de una participación en hechos culposos. Desde el sistema clásico de teoría del delito, defendido por Jiménez de Asúa, esta tesis podía ser abrazada en armonía con un régimen de accesoriadad limitada de participación, toda vez que el dolo seguía siendo concebido como una forma de culpabilidad⁴⁶³.

En cuanto a sus resultados, converge con aquella intelección la opinión de quienes, por razones de índole conceptual, descartan que los actos de inducción y de complicidad sean compatibles con la estructura de la imprudencia. La llamada exigencia de un “doble dolo” —mejor: un “dolo complejo”, con dos objetos de referencia distintos—, esto es, que el partícipe “conozca y quiera” no solo el acto mismo de cooperación, sino también la realización del hecho principal, según algunos, imposibilitaría que tales comportamientos

⁴⁶³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, t. IV, 1960, pp. 180 y ss., negando la condición de cómplice e inductor en delitos culposos, aunque “cada uno será considerado imprudente, y cada uno recibirá su sanción”. Véase también BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., p. 387, exigiendo el carácter doloso del hecho en que interviene el colaborador; y GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, pp. 507 y ss., p. 513: “[l]a conclusión se deduce directamente también de la accesoriadad de la participación, ya que sólo se puede ser accesorio de aquello que se conoce y quiere como hecho principal”.

puedan articularse bajo una modalidad culposa. Particularmente en el caso de la inducción, el problema se vería agravado por la circunstancia de que, quien induce a otro a realizar un hecho imprudente, aparentemente solo habría “incitado la realización de una parte del tipo imprudente”, pero no a aquella que fundamenta el desvalor de resultado⁴⁶⁴. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que la imposibilidad conceptual de una participación imprudente es susceptible de asociar con una genuina concepción unificadora de autoría solamente en la medida en que la punibilidad de tales comportamientos, si no es a la autoría directa, sea reconducida a figuras como la “autoría paralela” o a la así llamada “conurrencia de culpas”⁴⁶⁵; de lo contrario, estas tesis quedarían más bien caracterizadas como conceptos exclusivos de autoría imprudente.

Probablemente las principales resistencias en la dogmática española contra la diferenciación entre autor y partícipe provienen de las dificultades de conciliar el injusto imprudente con el dominio del hecho⁴⁶⁶, especialmente desde su versión finalista. Tomando como paradigma el planteamiento de Cerezo Mir, la conclusión de esta tesis, renuente a la diferenciación, se puede sintetizar como sigue: en un delito culposo resultativo, “realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido”⁴⁶⁷.

A modo de réplica contra las objeciones que se dirigieran a Welzel, negaba Cerezo que el concepto finalista de autor se derivase directamente del concepto final de acción, pues, en realidad, el concepto de autor estaría contenido en “la parte final de la teoría de lo injusto”⁴⁶⁸. Sin embargo, con ello no conseguía eludir la etiqueta “causal” atribuida al concepto de acción finalista en el delito imprudente —como tampoco la de la concepción extensivo-causal de interviniente a la que conduce—, y, antes bien, seguía evidenciándose una notoria ampliación del contenido del (objeto de imputación en el) injusto imprudente.

Ahora bien, más allá de que se levante o no desde presupuestos finalistas, el rechazo inmediato a la posibilidad de una participación imprudente por parte de quienes defienden

⁴⁶⁴ Así, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, p. 349, quien extiende la misma conclusión a la cooperación. Rechaza también la inducción en delitos imprudentes en virtud del requisito de un doble dolo, BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», *ADPCP* (1989), p. 1115, nota 105.

⁴⁶⁵ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, pp. 508 y s.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, p. 349, quien, pese a suscribir al concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes, sostiene que en los casos conocidos como de participación imprudente existe más bien una “conurrencia de culpas de cara a la producción del resultado”, que sería punible si concurren los requisitos de la autoría; y BALDÓ LAVILLA, *ADPCP* (1989), p. 1115, nota 105, y p. 1120, quien, para los casos de provocación por imprudencia de una resolución con posterior ejecución, sugiriera la vía de la autoría accesoria imprudente.

⁴⁶⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 509.

⁴⁶⁷ CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *ADPCP* (1975), p. 51; EL MISMO, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 2005, pp. 234 y ss.

⁴⁶⁸ CEREZO MIR, *ADPCP* (1975), pp. 50 y s. Para la crítica apuntada véase ya RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* (1969), p. 479.

la teoría del dominio del hecho está metodológicamente aquejado por la necesidad de adecuar el injusto imprudente a una determinada concepción de autoría cuya capacidad de rendimiento en dicha sede es la que primero habría de ser sometida a revisión. Con otras palabras, ni siquiera a partir de las dificultades para distinguir entre autoría y participación en la imprudencia cabría desprender válidamente como conclusión el tratamiento unitario de todos los intervinientes bajo la condición de autor⁴⁶⁹.

B) Admisión de la distinción entre autor y partícipe

Como se anticipó, la opinión mayoritaria en la dogmática española favorece la diferenciación entre autoría y clases de intervención accesoria por imprudencia⁴⁷⁰. Ante la inviabilidad de realizar un examen pormenorizado de cada una de las opiniones vertidas, se registrarán los argumentos que aquí se consideran cardinales de cara a la prevalencia en España de una sistemática diferenciadora en el injusto imprudente.

En contra de la pretendida imposibilidad conceptual de codelincuencia culposa, tempranamente Antón Oneca defendió la factibilidad de un concurso de voluntades en hechos imprudentes, quedando caracterizado tal concurso por abarcar la acción en cuestión, aunque no su resultado⁴⁷¹. En similares términos, también Quintano Ripollés reaccionó contra la idea de que el nexo de voluntades entre codelincuentes fuese un “facto psicológico” únicamente concebible en comportamientos dolosos, pudiendo darse en los culposos, con el argumento de que la voluntariedad del acto no equivale a malicia⁴⁷².

Frente a la postura de cuño finalista según la cual autor en el delito imprudente sería todo aquel que, mediante la infracción de un deber de cuidado, contribuye causalmente a la realización del tipo respectivo, tradicionalmente ha prevalecido la de la identidad objetiva de un comportamiento susceptible de imputar a título de imprudencia o de dolo. Según esta última tesis —para cuyo desarrollo ya en el contexto regulatorio de incriminación

⁴⁶⁹ Críticamente también COUSO SALAS, *RCDCP*, 1 (2012), p. 102.

⁴⁷⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., pp. 751, 753, y, sin embargo, p. 756; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 337 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), pp. 38 y s.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Estudios*, 3ª ed., pp. 713 y s.; FEJOO SÁNCHEZ, «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda”)», *CPC*, 62 (1997), pp. 319 y ss.; GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 341 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, p. 268; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, pp. 80 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed. Cap. 18/43 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/41; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, pp. 699 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el código penal de 1995*, 1999, pp. 64 y ss., pp. 78 s.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 305 y ss., SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La “codelincuencia” en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*, 2001, pp. 97 y ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 463 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 108. Con abundantes referencias en la doctrina antigua y contemporánea, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 218 y ss., 315 y ss., respectivamente.

⁴⁷¹ ANTÓN ONECA, *PG*, 2ª ed., pp. 461 y s.

⁴⁷² QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, pp. 327, 330 y ss.

abierta de la imprudencia fuese decisiva la influencia de Rodríguez Muñoz—, autor de un delito culposo solo puede ser a quien se imputa, como imprudente, la realización del comportamiento descrito en el correspondiente tipo doloso⁴⁷³. Con esta interpretación del artículo 565 del anterior CPE, favorable a la existencia de particulares delitos imprudentes (*crimina culposa*), no solo se descartaba la supuesta recepción de un *crimen culpae*, sino también, por añadidura, comenzó inmediatamente a imponerse para el concepto de autor en los delitos imprudentes las mismas restricciones aplicables a los delitos dolosos⁴⁷⁴. Que este argumento haya sido gestado y mantenido al socaire de la concepción clásica de la teoría del delito no impidió su eficaz ajuste a la progresiva y prontamente mayoritaria introducción del dolo y la imprudencia en la parte del subjetiva del tipo, sobre la base de que, de todos modos, lo específico de la autoría procedería de una diferencia en el “tipo objetivo” o en el “aspecto objetivo del hecho”⁴⁷⁵. Sobre las aristas normológicas de esta tesis se volverá más adelante.

La aceptación de un concepto restrictivo de autor en este ámbito se mantuvo después de la entrada en vigor del CPE actual. Si bien no se contempla ahora un precepto como el anterior artículo 565, es decir, uno que homologue el comportamiento imprudente con el doloso, en contrapartida, sí se adopta en el artículo 12 un sistema de *numerus clausus*, cuya ejecución en la Parte especial repetidamente opera mediante cláusulas generales que remiten al correspondiente “tipo doloso”. Además, de acuerdo con una extendida línea interpretativa acerca del ámbito de aplicación de dicho artículo 12, al abarcar este último también a las reglas de la Parte general, de ello se seguiría que solo la participación dolosa es típica, lo cual *eo ipso* supone discurrir sobre la base de un sistema diferenciador.

Por lo que hace a los preceptos reguladores de las formas de autoría y de participación, el CPE omite toda referencia a los criterios de imputación subjetiva. Así, el carácter neutral de las disposiciones relativas a las formas de intervención delictiva en el CPE obliga a que, frente a la pregunta acerca de si se ha consagrado un sistema unitario o bien diferenciado de intervención, la respuesta tenga que ser una sola. De ahí precisamente que, con razón, la doctrina mayoritaria en España suela prevenir acerca de lo anómalo

⁴⁷³ RODRÍGUEZ MUÑOZ, «Notas de Derecho español», en MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2ª ed., pp. 206 y ss.

⁴⁷⁴ Al respecto, por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 213 y s.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, pp. 30, 61 y 78; ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC*, 6 (2000), p. 230; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* (1969), pp. 480 y ss.

⁴⁷⁵ Cfr., respectivamente, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/40; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 400; EL MISMO, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», *LH-Luzón Peña*, 2020, p. 900. Defiende este argumento en la doctrina chilena, ARTAZA VARELA, «La utilidad del concepto de coautoría para la imputación adecuada de conductas imprudentes en el marco de la actividad empresarial», *Perspectiva Penal Actual*, 1 (2012), p. 21.

que sería castigar a título de autoría imprudente un comportamiento que, de haber sido imputado a dolo, constituiría un acto de participación⁴⁷⁶.

El argumento anterior puede reforzarse con cargo a la dificultad práctica que entraña el ejercicio de deslindar el dolo eventual de lo que comúnmente se entiende por imprudencia “consciente”. Nótese que lo irregular en tal caso no descansa en que los estados cognitivos que sirven de base a la adscripción de dolo o de imprudencia se encuentren vinculados con la forma en que uno o más sujetos intervienen en el hecho —como se verá, ello no revela nada anómalo—; lo irregular residiría en que la primera operación adscriptiva, de antemano, *condicione* a la segunda, hasta el punto de excluir algunas de sus alternativas. En tal sentido, el rechazo a diferenciar formas de intervención en el injusto imprudente podría generar, en términos prácticos, el efecto palmariamente adverso de incentivar una imputación a dolo, como forma de ceder ante la intuición de que los sujetos responsables habrían de ser varios y no solamente uno o algunos⁴⁷⁷.

La distinta redacción de ciertos tipos de resultado puro, para los cuales está prevista una apertura del *numerus clausus* de la imprudencia, tampoco ha podido obrar exitosamente en favor de un sistema unitario de autor. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el artículo 142 del CPE, cuya norma de sanción reza: “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado (...)”; la del artículo 138, en cambio, reza: “el que matare a otro será castigado (...)”. A primera vista, el artículo 142 permitiría castigar a título de autoría ciertas intervenciones accesorias que, por el contrario, el artículo 138, no. La solución diferenciadora, defendida por la doctrina mayoritaria, no se ha visto conmovida por esa clase de variaciones en la redacción de los tipos, que constituyen una excepción dentro del catálogo de delitos imprudentes, y que, además, podría entenderse compensada por las cláusulas generales de reenvío ya comentadas. Así, se impone la conclusión de que, más allá de la literalidad del artículo 142, si *A*, por ejemplo, de manera contraria a cuidado —y, por mor del argumento, por imprudencia grave— facilita a *B* una escopeta cargada con la cual este último dispara mortalmente a *C*, no por ello *A* habría realizado el tipo de homicidio. La solución anterior podría descansar en el hecho de que, ante este grupo de casos, de todos modos, sigue disponible una interpretación más restrictiva del alcance de la prohibición “causar la muerte de otro”⁴⁷⁸. En cualquier caso —se añade—, tal técnica no es exclusiva de ciertos delitos imprudentes resultativos, sino que también

⁴⁷⁶ Así, CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* (1992), p. 507; FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, 62 (1997), p. 324; ROBLES PLANAS, *RDPC*, 6 (2000), p. 226. En la misma línea ya PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 400: “la distancia entre quien entrega la soga y el estrangulamiento que luego se ejecuta con ella no disminuye por el hecho de que la entrega se haya efectuado descuidadamente”.

⁴⁷⁷ Para una advertencia similar en esta dirección, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *Cinco cuestiones*, p. 109. Coincidente en la dogmática alemana, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, p. 189.

⁴⁷⁸ PEÑARANDA RAMOS, *Sobre la autoría y la participación en los delitos imprudentes* (original inédito), 1997, p. 14.

es aplicada en algunos delitos dolosos —por ejemplo, en el artículo 147: “el que causare a otro una lesión”—, en los que, sin embargo, no pareciera estar acogándose un sistema unitario de autor⁴⁷⁹. En fin, también en términos restrictivos se invoca la tesis de que los tipos de la Parte especial son “tipos de autoría”⁴⁸⁰.

Ahora bien, puesto que de lo que se trata es justamente de revisar una eventual extensión del concepto de autor en el injusto imprudente, pero generada indirectamente por la vía de una ampliación de la clase de comportamientos imputables a título de autoría —es decir, del objeto de imputación—, el rechazo de tal lectura pasa por controvertir el estatus de acción principal —esto es, de acciones que por sí mismas satisfarían la respectiva descripción típica— que los defensores de un sistema unitario consideran que podría atribuirse sin más a las acciones (de favorecimiento) que contribuyen a la causación de cierto resultado⁴⁸¹. Para ello, cabría partir por considerar que, en cuanto se refiere al resultado, “matar” y “producir la muerte de otro” son descripciones coextensivas: describir un evento como matar a otro es describir un evento (en este caso, una acción) que causa una muerte, y hasta que ello efectivamente no ocurra, no puede describirse verdaderamente como tal⁴⁸². De lo anterior no se sigue que, también desde un punto de vista *agencial*, sean equivalentes, y que, por ende, la diferencia entre “matar” y “causar la muerte de otro” se reduzca a un giro de estilo⁴⁸³; sin embargo, más allá de la opacidad

⁴⁷⁹ *Ibidem*, pp. 13 y s.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, p. 52; ROBLES PLANAS, *RDPC*, 6 (2000), p. 237; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, p. 276.

⁴⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Cinco cuestiones*, p. 107.

⁴⁸¹ Como criterio de imputación que es, la autoría no puede restringir ni ampliar el alcance del objeto de imputación, pues la fijación de este es un presupuesto para que la primera opere. En ese sentido, según una acertada observación de HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 47, el concepto restrictivo de autor no es una respuesta adecuada frente a un concepto extensivo de hecho. Que, en cambio, ese “concepto restrictivo de hecho” *solamente* pueda obtenerse, como sugiere Haas, con arreglo a una concepción individualizadora de causalidad, es algo en lo que aquí no cabe incidir. Sobre las relaciones entre autoría (individual) y causalidad se volverá más adelante, a propósito de la llamada “autoría paralela” (cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. III.1).

⁴⁸² DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, p. 177.

⁴⁸³ Una acción que causa cierto resultado, de forma elíptica, puede describirse como la causa de ese resultado. Por ejemplo, la acción de *A* consistente en “disparar a *B*” y que produce su muerte, puede describirse como la acción de “matar a *B*”, e incluso, como “producir la muerte de *B*”. La fórmula elíptica “matar a *B*” prioriza la información acerca de la consecuencia causal derivada de esa (misma) acción: “por la vía de dispararle, *A* ha producido la muerte de *B*”. En un ejemplo como el descrito, normalmente no se utilizará la fórmula “producir la muerte de *B*”, pues, tratándose de comportamientos ejecutados intencionalmente, tienden a utilizarse verbos de acción. Ahora bien, no todo comportamiento que “produce la muerte de otro” puede adscribirse como la *acción* de “matar a otro”; esto último requerirá que exista al menos una descripción bajo la cual ese comportamiento haya sido ejecutado intencionalmente. Por esto, como advierte Vendler, conviene reparar en que los sujetos no causan resultados, sino que más bien realizan comportamientos que los causan (y que, bajo ciertas condiciones, serán susceptibles de adscribir como acciones). Ello explica que no sea apropiado afirmar, *v. gr.*, “un terremoto mató a *A*”, pero sí, en cambio, “un terremoto causó la muerte de *A*”; en ese caso, el empleo del verbo “causar” no es una forma elíptica de referirse a una acción que causa ese resultado, pues esto último es factible solo si se establece un vínculo agencial. Cfr. VENDLER, *Midwest Studies in Philosophy*, 9 (1984), pp. 372 y 375; también LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, vol. 1, p. 73. Por esto, el empleo del verbo “causar” en ciertos tipos de la Parte especial, en lugar de verbos de acciones productivas (como “matar” o “lesionar”), cabe ser interpretado como una referencia al hecho de que tales resultados podrían no ser causados por comportamientos

referencial que tales enunciados exhiben en lo relativo a la intencionalidad del agente⁴⁸⁴, la pregunta que aquí interesa concierne al alcance de tales expresiones. En concreto, lo crucial consiste en determinar si, en este caso, la descripción “causar la muerte de otro” resulta o no ejemplificada a través de acciones de favorecimiento, pues de ello depende que estas últimas sean, bajo dicha descripción, consideradas principales. Y para descartar lo anterior es imprescindible distinguir entre causar un evento bajo una determinada descripción (v. gr., “causar la muerte de otro”) y realizar comportamientos con *alguna* relevancia causal para que dicho evento tenga lugar. En el ejemplo antes considerado, *C* muere no *por el hecho* de que *A* haya entregado una escopeta a *B*, sino por el disparo que *B* efectúa en su contra (con dicha escopeta)⁴⁸⁵. En virtud del comportamiento de *A* puede explicarse causalmente que *B* disponga de una escopeta con la cual disparar a *C*, pero la razón por la cual *B* dispone de dicha arma, en ese preciso lugar y momento, no exhibe relevancia explicativa bajo la *descripción del tipo de homicidio*, porque *de ella* no depende la aplicación de alguna ley causal según la cual disparar a otro con una escopeta pudiera contar como causa de su muerte⁴⁸⁶. Con otras palabras, tratándose de un comportamiento que ha de satisfacer la descripción “causar la muerte de otro”, el interés cognitivo que guía la correspondiente explicación causal se cifra exclusivamente en las circunstancias que determinan una modificación perjudicial para la vida de otro; en cambio, en el ejemplo indicado, cuál sea el origen de la escopeta maniobrada por *B* es algo que, para los efectos de dicha modificación perjudicial, no necesita ser explicado, sino que se encuentra ya incorporado en el correspondiente campo causal⁴⁸⁷. El

ejecutados intencionalmente, siendo precisamente esto lo que ocurre en los casos de imprudencia, en donde el o los autores, al menos bajo la descripción típica, no han ejecutado intencionalmente (o han carecido de la capacidad intencional para evitar) el comportamiento que causa el resultado allí especificado. Véase también KINDHÄUSER, *REJ*, 14 (2011), p. 52, quien, sin embargo, favorece en este ámbito una concepción unitaria de autor.

⁴⁸⁴ Opacidad que puede permitir que se describan mediante verbos de acciones sucesos que finalmente no serán adscritos como tal. La dificultad viene dada también por la ambigüedad del lenguaje cotidiano. Como acertadamente advierte MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), 2001, p. 14, “el sonámbulo que causa la muerte de otro, mata, igual que el homicida”.

⁴⁸⁵ Fundamental para esto, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 50 y s.; y KINDHÄUSER, *REJ*, 14 (2011), p. 48, aun cuando este último (*ibidem*, p. 52) considera que, con arreglo al Derecho penal alemán, la distinción entre causación directa y causación mediada a través de un tercero no sería relevante en los delitos imprudentes. Véase también MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 71 y ss., quien, entre otros aspectos, advierte que, ante la dificultad dada por la transitividad usualmente predicada de toda relación causal —y que en el ejemplo anterior habría de conducir a suponer que, si el comportamiento de *A* es causa del comportamiento de *B*, y, a su vez, este es causa de la muerte de *C*, también tendría que serlo el de *A*—, no cabe perder de vista que la norma que prohíbe matar a otro solo es una razón *inmediata* para la omisión de una acción productiva de la muerte de otra persona, esto es, de una acción principal.

⁴⁸⁶ En términos de la teoría de la condición mínima suficiente, no cabe integrar dentro de la explicación causal factores de cuya presencia o ausencia no depende la aplicación de la respectiva ley causal —en este caso, disparar a otro con una escopeta exhibe la misma eficacia causal, sea que el sujeto se procure él mismo el arma, sea que se la procure otro—, pues entonces se incorporarían factores redundantes o superfluos para la explicación causal de un *determinado* evento. Fundamental al respecto, PUPPE, «El resultado y su explicación causal en Derecho penal» (trad. Lerman, Sancinetti), *Indret*, 4 (2008), pp. 13 y ss.

⁴⁸⁷ Así, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 74 y s., advirtiendo la relevancia del “carácter contextual de toda explicación causal” frente a la pregunta por la posibilidad de que una acción auxiliar

comportamiento de *A* solo sería indispensable para describir el comportamiento de *B* en su configuración concreta, a saber: como “causar la muerte de *C* con la escopeta facilitada por *A*”, pero esta última resultaría ser una descripción semánticamente más densa que la que aquí interesa (“causar la muerte de otro”). De todo lo anterior cabe concluir que, así las acciones de favorecimiento no pueden subsumirse bajo la descripción “matar a otro”, tampoco satisfacen la descripción “causar la muerte de otro”, pues acciones de esta clase no permiten explicar de manera autosuficiente la transformación de un estado de vida por un estado de muerte en otra persona⁴⁸⁸.

Por último, a partir del régimen de *numerus clausus* de la punición de hechos a título de imprudencia implementado por el artículo 12 del CPE, y, especialmente, del carácter excepcional de su sanción, también se esgrime como argumento de corte político-criminal la incoherencia que supondría ampliar el castigo de la imprudencia por la vía de un sistema unitario de intervención. De este modo —se afirma—, si el injusto imprudente se considera menos grave, no puede menos que diferenciarse la modalidad de intervención delictiva con arreglo a los mismos criterios que rigen para el injusto doloso⁴⁸⁹.

No obstante, adviértase que el artículo 12 solo podría ser invocado con tales pretensiones si, a la vez, se asociara al sistema de incriminación cerrada de la imprudencia la función de disciplinar no solo el castigo de hechos previstos en la Parte especial, sino también las reglas de imputación de la Parte general. Ahora bien, no parece necesario que la crítica contra la anomalía sistemática que supondría la asunción de dos modelos distintos de intervención dentro de un mismo código penal, como la grave contradicción axiológica que ella engendraría, únicamente estén disponibles desde esa interpretación del artículo 12. En cambio, este precepto sí que favorece la tesis de la imputación por imprudencia de

resulte subsumible en un tipo de acción, y que, en atención a su falta de autosuficiencia semántica, debe ser negada. Por esto, es importante notar la diferencia entre, por un lado, una acción (auxiliar) que favorece la generación de la oportunidad para que se ejecute u omita una acción que “por sí misma” contará como instancia de la clase de acción prohibida o requerida en un tipo de delito, y, por otro lado, la acción (principal) cuya oportunidad de ejecución u omisión ha sido generada por el efecto de favorecimiento de la primera: generar y tener la oportunidad para ejecutar esa acción no es lo mismo. De este modo, aunque desde una perspectiva pragmática se llegue a la conclusión de que la ejecución de cierta acción principal solo pudo tener lugar “gracias al auxilio” provisto por otra, la expresión “por sí misma” sigue denotando una autosuficiencia de carácter semántico.

⁴⁸⁸ Como señala PUPPE, *Indret*, 4 (2008), p. 17, el objeto de la explicación causal no deben ser, por ejemplo, enunciados del tipo “*X* está muerto”, sino la modificación perjudicial de que *X* ha vivido, a que *X* ahora está muerto. Por lo demás, cabe notar que, cuando la propiedad de “causar la muerte de otro” es predicada de una acción aisladamente considerada —a lo cual habría de conducir la atribución de una autoría directa *individual*—, se está creando un contexto intensional según el cual dicha acción habría causado autónomamente ese resultado. Una afirmación de este tipo no puede ser verdadera tratándose de acciones de favorecimiento, por definición, insaturadas a la luz de la respectiva descripción típica. Sobre la “unicidad” de agente y la consecuente exclusividad de relación agencial ínsitas en proposiciones del tipo “esto fue hecho por *A*”, véase LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, pp. 25 y ss.

⁴⁸⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 210; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, p. 62; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, p. 309.

hechos particulares (*crimina culposa*); más adelante se especificará cómo ello incide en favor de una concepción diferenciadora. Por otro lado, que el artículo 12 efectivamente tenga por función la de establecer un régimen excepcional de punición de la imprudencia no es algo evidente, pues ello depende de cuán restringido o reiterado se torne el empleo de cláusulas incriminatorias, expresas o genéricas, en la Parte especial.

3. Consideraciones al hilo del predominio de concepciones unitarias y extensivas en la dogmática alemana

El debate acerca de la posibilidad de intervención en hechos imprudentes ofrece un escenario muy distinto en la dogmática alemana. Según se adelantó, factores como el régimen vigente en el StGB sobre accesoriedad de la participación y el carácter ampliamente dominante de la teoría del dominio del hecho, amén de una larga y firme tradición histórica en este sentido, han impedido que la tesis diferenciadora se aplique al ámbito de la imprudencia. Sin perjuicio de ello, la posibilidad de distinguir formas de intervención delictiva es una tesis que lenta, pero continuamente gana adeptos.

a) Rechazo de la distinción entre autor y partícipe

Que el régimen de accesoriedad de la participación vigente en Alemania reconozca, ciertamente, un claro influjo finalista no disculparía preterir que las resistencias contra la idea de una intervención “por” y “en la” imprudencia son bastante anteriores.

En célebres penalistas neo-hegelianos se reconocen dos rasgos que hacían incompatibles a estas categorías: por un lado, la imagen de un déficit agencial como sustrato a su comprensión de la imprudencia y, por el otro, la codelinuencia concebida, en general, como un concurso de voluntades criminales. Adaptar los derechos “del saber” y de “la intención”, presentes en la teoría de la acción de Hegel, a los comportamientos descuidados exigía, de por sí, una ardua labor interpretativa. De ello hablan, como documenta Radbruch, los esfuerzos por mostrar el resultado causado culposamente como “no no-querido” o nada más que “querido indirectamente”, entre otras fórmulas que resultaban poco cómodas de cara a la caracterización de una *acción* imprudente⁴⁹⁰. Por su lado, el profundo anclaje psicológico de la noción de “voluntad colectiva”, fórmula subyacente a la comprensión de la codelinuencia muy característica en autores de formación hegeliana, no podía sino incrementar tales dificultades tratándose de hechos culposos⁴⁹¹. Pues bien, el saldo de ello queda fielmente retratado en el categórico rechazo de Köstlin a una eventual participación imprudente: en la medida en que la participación

⁴⁹⁰ RADBRUCH, *El concepto de acción*, pp. 132 y ss.

⁴⁹¹ Al respecto, véase LESCH, *ADPCP* (1995), pp. 953 y ss.

comprende una comunidad (solidaria o no) de distintas voluntades referidas a una unidad de hecho, ella solo puede formarse a través de intención, no de culpa, pues esta excluye la dirección de la voluntad hacia el hecho y, con ello, el posible objeto de participación⁴⁹². En la misma dirección se pronunciaba Berner: “toda participación es una relación de voluntad a voluntad, una unión de voluntades”, mientras que “el actuante culposo no se encuentra en ninguna conexión consciente con la acción de otro”⁴⁹³. Quien obra como cómplice debe tener consciencia tanto de lo que aporta al delito, como de su ejecución dolosa y autónoma por otro. Lo que uno falsamente llama cooperación culposa —expresa Berner— solo puede ser castigada cuando esta en sí misma supone un delito; en tal caso, el comportamiento culposo del otro viene en consideración nada más que como pura objetividad, un suceso de la naturaleza⁴⁹⁴. Así pues, quedaba suficientemente perfilada una tesis que no tardará en echar profundas raíces en la dogmática de la intervención: la identificación entre el plano cognitivo, propio de cualquier relación de agencia —tanto de acciones principales como auxiliares—, con el dolo en tanto que criterio de imputación subjetiva.

En obras de finales del siglo XIX y principios del siglo XX empieza a cobrar forma más definida y consolidarse lo que hoy cabría considerar genuinas concepciones unificadoras de intervención en el injusto imprudente. Desde la teoría subjetiva, von Buri descarta la posibilidad de complicidad e inducción culposas, pues en la imprudencia está excluida la subordinación consciente de la voluntad punible propia a la voluntad punible ajena; ello, sin embargo, no excluye la punibilidad de tales comportamientos a título de autoría imprudente en la medida en que estos exhiban co-eficacia (*Mitwirksamkeit*) para la producción del resultado⁴⁹⁵. Por su lado, Brück, invocando los antiguos §§ 48 y 49 StGB, que ya exigían dolo en la inducción y la complicidad, respectivamente, explica que ello se debe a que “todas estas relaciones presuponen conceptualmente una acción dolosa con una finalidad querida”, mientras que en los delitos imprudentes ocurre que el autor justamente no ha querido el resultado. Enseguida, Brück puntualiza que ello no excluye la posibilidad de que alguien de manera imprudente pueda provocar en otro la decisión de cometer un delito, pero en tal caso la acción de cada uno se valorará por separado, pudiendo ser que existan “dos delitos imprudentes autónomos”. Con la complicidad puede procederse en forma análoga: la falta de una dirección de la voluntad en orden a prestar ayuda a otro excluye toda complicidad culposa, sin embargo, nada impide que, si alguien de manera imprudente dispensa medios a quien comete un delito doloso o

⁴⁹² Cfr. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, p. 270.

⁴⁹³ Cfr. BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, pp. 212 y s.

⁴⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 213.

⁴⁹⁵ VON BURI, «Über Kausalität und Teilhname», *ZStW*, 2 (1882), pp. 289 y ss.

culposo, “pueda quedar de manera residual una autoría imprudente”⁴⁹⁶. Apoyado en argumentos *de lege lata*, también von Liszt se hizo eco de la imposibilidad de una participación culposa, pero, en lugar de favorecer la impunidad de estos supuestos, los reconducía a la autoría, ya que todo aquel que pone una condición del resultado producido ha de responder como autor paralelo⁴⁹⁷. Sin embargo, esta última solución, expresiva de una concepción extensiva-causal, no podía por entonces ser endosada generalizadamente. Mas no porque se profesara una resistencia contra las concepciones unificadoras —sin perjuicio de algunas tesis minoritarias que luego se mencionarán—, sino más bien porque el régimen de accesoriedad entonces vigente en Alemania —que exigía dolo en la participación, pero no aún en el hecho principal—, determinaba que la discusión, antes que en la intervención por imprudencia, se concentrara en dilucidar la viabilidad de participación dolosa en un hecho principal no doloso, con el añadido problema acerca de su delimitación con la autoría mediata⁴⁹⁸.

Como se anticipó, una de las principales dificultades que enfrenta la diferenciación entre modalidades de intervención en la imprudencia estriba en su problemática adaptación al dominio del hecho. Si bien este hermetismo recíproco añadió nuevas razones para negar la posibilidad de intervención en hechos imprudentes, a la vez sirvió para comprobar lo que se ofrecía como una irremediable necesidad de escindir el concepto de autor. En su modalidad finalista, con Welzel, la autoría se definió como toda clase de co-causación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción contraria a cuidado; en consecuencia, en el ámbito de los delitos imprudentes no existe distinción entre autoría y participación⁴⁹⁹. En Gallas puede observarse una suscripción plena a dicha tesis, que incluye el reconocimiento expreso de que en los delitos imprudentes de resultado la autoría se podría determinar solo causalmente⁵⁰⁰. Por su parte, Donatsch señala que el núcleo del reproche en la imprudencia descansa en que el autor no ha dominado un comportamiento que, sin embargo, podría y debería haber dominado⁵⁰¹.

Una de las críticas cardinales dirigidas contra el dominio final del hecho es el carácter puramente causal del concepto de acción que, por contraste, acaba dejando como saldo en los delitos imprudentes⁵⁰². Pero, aun cuando esto efectivamente haya sido así, solo

⁴⁹⁶ Cfr. BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885, pp. 111, 113 y 116.

⁴⁹⁷ Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal* (trad. Jiménez de Asúa), t. III, 20ª ed., 1917, pp. 92 y ss.

⁴⁹⁸ Al respecto MAYER, M.E. *PG*, pp. 504 y ss.; BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, pp. 29 y ss.

⁴⁹⁹ Cfr. WELZEL, *PG*, 11ª ed., p. 143; EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, p. 83: “[u]n concepto de autor conjunto para el tipo penal doloso e imprudente es dogmáticamente imposible. Ellos se excluyen como dominio de acción y su opuesto: la ausencia de dominio de hecho”.

⁵⁰⁰ GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 90 y s.

⁵⁰¹ DONATSCH, «Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?», *SJZ*, 7 (1989), p. 111. De modo similar, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 7ª ed., 42/39, 47/102 y s.

⁵⁰² Al respecto por todos BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 124 y s.

informaría sobre una incoherencia intrasistemática del finalismo, en circunstancias de que el análisis que realmente interesa involucra la disyuntiva de operar (o no) con arreglo a un mismo concepto de autor tanto en delitos dolosos como imprudentes. Frente a esta pregunta, según se señaló, el finalismo se resuelve en una negativa radical, de la que se desprende como consecuencia crucial que a la infracción del “deber objetivo de cuidado” se asigne el estatus de lo que aquí se denomina “base” para la adscripción de autoría. Con ello, si es que existe relación causal entre el comportamiento de un sujeto y el resultado (lo que, desde luego, puede ocurrir de manera fortuita), sería el carácter imprudente de ese comportamiento lo que decidiría la condición de autor del sujeto, de manera que la investigación sobre la autoría carecería de contenido propio.

Ahora bien, la renuncia a diferenciar entre modalidades de intervención en este ámbito también ha tenido lugar a partir de versiones no finalistas del dominio del hecho. De modo paradigmático, Roxin, que en un primer momento admitía la distinción con base en su caracterización como delito de infracción de deber, posteriormente la ha descartado, trasladando el problema al ámbito de la imputación objetiva⁵⁰³. Bottke, mientras tanto, radicaliza la bifurcación del concepto de autor por la vía de negar todo vínculo agencial en los delitos imprudentes. Puesto que la autoría exige dominio de configuración sobre el suceso típico —según Bottke—, a nivel de fundamentación de la pena, tratándose de hechos imprudentes únicamente cabe hablar de sujetos competentes, mas no de autores: cuando el legislador lo hace, incurre en un *lapsus linguae*⁵⁰⁴. En fin, según Puppe, el dominio del hecho está referido a la realización del tipo penal, por lo que un concepto de dominio imprudente del hecho es en sí mismo contradictorio⁵⁰⁵.

Dejando ahora al margen la influencia ejercida por el dominio del hecho en la sucesión de este debate, y retornando a la estructura del injusto imprudente, probablemente el argumento más eficaz —y *a priori* más sencillo— debido al cual todavía preponderan las variedades unificadoras —o extensivas, en algunos casos— en la dogmática alemana obedece a que la propia articulación del “injusto típico imprudente” haría aparentemente innecesario asociar a la acción de un sujeto la o las desplegadas por otros, cuando el comportamiento del primero ya infringe el respectivo “deber de cuidado” o resulta imputable objetivamente, esto es, en la medida en que ya se considera típico⁵⁰⁶. Desde

⁵⁰³ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 885, quien —desde la tercera edición de esta obra— dejó de considerar a los delitos imprudentes como delitos de infracción de deber dado que, a diferencia de estos últimos, en donde existen deberes especiales que vinculan a determinados sujetos, cualquier ciudadano puede infringir un deber de cuidado. Asumiendo un sistema unitario de autor en los delitos imprudentes, véase EL MISMO, *PG*, t. II, 25/8.

⁵⁰⁴ Cfr. BOTTKKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 23 y ss., 32 y s.

⁵⁰⁵ PUPPE, «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZIS*, 6 (2007), p. 249.

⁵⁰⁶ Básicamente en tal sentido, y desde posiciones no necesariamente homogéneas, FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 323 y ss.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 25/5; GÜNTHER, «Wer war der Täter?», *JuS* (1988), p. 386; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 61 VI; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 29ª ed., 2018, Vor § 25/2; SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 25 ff/6. Introduce límites en virtud del principio de

ese punto de vista, si bien se mira, tampoco hace falta comprometerse con la tesis fuerte acerca de la imposibilidad conceptual —no solo *de lege lata*— de participación imprudente, o con la incompatibilidad de la imprudencia con el dominio del hecho, pues, “todos quienes han realizado aportes causales imputables objetivamente al resultado son autores directos del delito imprudente”⁵⁰⁷. O para formularlo ahora desde el planteamiento ofrecido por Freund y Rostalski, la “intervención imprudente” —por ejemplo, en un homicidio doloso o imprudente— puede imputarse sin dificultades como forma de autoría en la realización del tipo penal, en la medida en que se satisfagan los presupuestos generales para la realización imprudente del tipo⁵⁰⁸. Sin perjuicio de lo anterior, nada impediría que pueda atribuirse algún significado a la clase de “intervención imprudente”, pero ello, sin embargo, será una pregunta que incidiría a nivel de medición de la pena⁵⁰⁹. Esto último evoca, de nuevo, una marca singular en ciertas variantes de las concepciones unificadoras: hacer de la forma de intervención delictiva no un criterio con arreglo al cual se imputa el quebrantamiento de una norma de comportamiento, sino más bien un asunto a considerar en la aplicación de la norma de sanción. Con todo y esto, cabría advertir que esta comprensión amplia del injusto imprudente, acompañada del rechazo de la distinción entre autor y partícipe, no siempre deriva en la afirmación de la punición de acciones auxiliares imprudentes, resolviéndose ocasionalmente más bien en lo que aquí se ha tematizado como una concepción exclusiva de autoría⁵¹⁰.

Recientemente, Kreuzberg intenta reforzar la tesis dominante en Alemania, al afirmar que la responsabilidad derivada de la lesión de un bien jurídico a causa de un comportamiento contrario a cuidado, desde un punto de vista normativo, no está orientada por la proximidad de esa acción con el resultado, sino por el contenido y alcance individual del respectivo deber de cuidado. Con ello, puntualiza Kreuzberg, si alguien —el “sujeto de

autorresponsabilidad, pero favorece igualmente un concepto unitario, PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13 ff/178-181.

⁵⁰⁷ GROPP, «Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung - miteinander oder nebeneinander», *GA* (2009), pp. 274 y s., para quien rige aquí el así llamado concepto *extensivo* de autor, independientemente de cómo esté formulado el correspondiente delito imprudente.

⁵⁰⁸ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª, § 10/27. En esta dirección —es decir, autor es aquel en cuya propia persona se satisfacen todos los presupuestos para la punibilidad de un delito imprudente—, véase también, DUTTGE, *MK-StGB*, 3ª ed., § 15/216; HARDTUNG, *MK-StGB*, 3ª ed., § 222/68.

⁵⁰⁹ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª, § 10/28. Así también DUTTGE, *MK-StGB*, 3ª ed., § 15/218, quien, entre otros, plantea el ejemplo de quien aconseja, de manera contraria a deber, a un taxista para que sobrepase la velocidad permitida, poniendo así en riesgo a los demás participantes en el tráfico: ambos son autores paralelos, cada uno responde por el respectivo deber de cuidado infringido. Sin embargo —según Duttge—, el peso (*Gewicht*) de la infracción de deber puede ser considerado en el ámbito de la medición de la pena.

⁵¹⁰ Cfr., en esa dirección, BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 283 y ss., 296 y ss., quien, rechazando la etiqueta de “concepto extensivo de autor”, se opone asimismo a que las formas de participación se castiguen como autoría. A la vez, considera que los esfuerzos —infructuosos, de acuerdo con sus conclusiones— de un sector doctrinal por favorecer el modelo diferenciador solo se explican por la suspensión insoportable de la responsabilidad a la que conduce un concepto extensivo, en circunstancias de que los mismos límites restrictivos podrían obtenerse directamente de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, a la que asigna la función de demarcar ámbitos primarios de responsabilidad.

atrás”— lesiona un deber de cuidado “antepuesto”, es decir, uno que se interseca con el comportamiento planificado o previsible de un tercero —el “sujeto de delante”—, el primero realiza *ceteris paribus* él mismo un delito imprudente. Ahora bien, a esta tesis subyace una particular comprensión según la cual lo prohibido en el injusto imprudente no es la “intencionalidad referida a la lesión del bien jurídico”, sino la ejecución de un proyecto de acción contrario a cuidado y riesgoso para bienes jurídicos ajenos⁵¹¹. No puede desarrollarse aquí un análisis pormenorizado de la propuesta, así resumida, de Kreuzberg, pero sí cabe registrar dos consideraciones. Por un lado, debe advertirse que, cuando se habla de la infracción de “deberes” referidos al hacer propio, no se está aludiendo a nada que sea privativo del injusto imprudente, pues, tratándose de infracciones de deber dolosas, estas también exigen fundarse en acciones propias (individuales, mediadas o conjuntas) que sirvan de base para la imputación del respectivo hecho. Por otro lado, al sugerirse que la responsabilidad del “sujeto de atrás” no se ve estructural ni materialmente condicionada por cómo actúa el “sujeto de delante”, se está recurriendo a una tesis que guarda especial proximidad con el *versari in re illicita*. Sobre esto último se volverá al finalizar este capítulo.

Finalmente, *de lege lata* existen dos importantes argumentos que históricamente han permitido sustentar el parecer dominante en Alemania: los propios preceptos que regulan las formas de intervención delictiva y la redacción de ciertos tipos en la Parte especial. Con respecto a lo primero, desde que en 1975 el StGB acabara de perfilar un régimen de accesoriidad que ya exigía dolo en los partícipes, añadiendo a partir de entonces la misma exigencia en el hecho principal, se ha venido entendiendo que la diferencia entre autores y partícipes solo procedería en los delitos dolosos; para los delitos imprudentes, en cambio, cabría hablar nada más que de autoría directa⁵¹². No obstante, como se deja adivinar, de ello no se sigue inmediatamente que la realización de un comportamiento distinto del que fundamentaría una imputación a título de autoría directa quepa subsidiariamente en dicha categoría. Por esto, según se anticipó, la vía más coherente, teórica y sistemáticamente, para arribar a una tal conclusión no es precisamente la defensa de una concepción unificadora de interviniente —que habría requerido de una disposición expresa que procurase el mismo tratamiento a todos quienes intervienen en un hecho imprudente, como en Italia—, sino la del llamado “concepto extensivo de autor”. Con arreglo a este último, en el contexto de un sistema diferenciador, la ausencia de preceptos

⁵¹¹ Cfr. KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 52 y ss., 707 y ss.

⁵¹² Como se ha dicho antes, la interpretación según la cual de la regulación de los §§ 26 y 27 StGB cabría desprender, *a contrario sensu*, la impunidad de la participación imprudente no es consistente con la defensa de concepciones unificadoras. La defensa de la vigencia de un sistema monista en los delitos imprudentes presupone tomar distancia de una regulación que distingue modalidades principales y accesorias. De ahí que pueda entenderse *el fondo* de la protesta de PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13 ff/181, para quien el StGB siempre habría acogido un “concepto unitario de autor” en los delitos imprudentes, que no distingue entre autoría, inducción y complicidad. Así, según Puppe, sería erróneo interpretar la voluntad del legislador histórico en el sentido de haber omitido someter bajo pena la “inducción” y la “complicidad” imprudentes.

relativos a la participación imprudente (esto es, de cláusulas restrictivas de la punibilidad) ha de interpretarse como la voluntad legislativa de que quien favorece la realización de un hecho imprudente, de manera residual, contará como autor del mismo. Por lo que hace al segundo de los argumentos mencionados, el StGB —al igual que el CPE— modifica la redacción de algunos delitos de resultado puros al momento de abrir su incriminación a título de imprudencia, empleando una fórmula aparentemente más amplia, como sucede con el § 222: “quien cause la muerte de una persona por imprudencia”. Ello ha dado lugar —ahora, a diferencia de lo que ocurre en España— a la extendida suposición de que dicha amplitud permitiría incluir sin mayores dificultades actos de participación⁵¹³.

B) Admisión de la posibilidad de distinguir entre autor y partícipe

Que, de acuerdo con una tradición legal ya afianzada en Alemania, las formas de intervención accesoria requieran dolo, no significa que sea teóricamente inaccesible la posibilidad de diferenciar entre autor y partícipe en el injusto imprudente. En tal sentido, también existen tempranos defensores de la idea de que, al menos desde un punto de vista conceptual, nada impide hablar, si no de inducción o complicidad imprudentes —a causa de la constricción legal tantas veces referida—, cuando menos de determinar o favorecer, de manera descuidada, a la perpetración de un delito por otro⁵¹⁴.

Para Binding resultaba evidente que las clases de culpabilidad —refiriéndose al dolo y la imprudencia— no se distinguen a partir del contenido antijurídico de la voluntad, sino de la consciencia de esta; todas las “relaciones de voluntades” que son posibles en el delito doloso, deben existir también para el imprudente. Puesto que la formación del sujeto del delito es exactamente la misma, tanto como la autoría de propia mano, también una autoría por mano ajena —categoría en la que Binding incluye a la autoría mediata y a ciertas modalidades de coautoría— aparece como plenamente factible⁵¹⁵. Como podrá

⁵¹³ Afirmando un “concepto extensivo de autor”, al menos para algunos tipos imprudentes, véase HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 100; y KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 540, aun cuando este último considera que la intervención imprudente (consciente) en el hecho doloso o no doloso de otro es conceptualmente posible en sus diferentes formas. De forma más general, afirman también un “concepto extensivo de autor” en los delitos imprudentes, SCHLEHOFER, «Täterschaftliche Fahrlässigkeit», en PUTZKE *et al.* (eds.), *FS-Herzberg*, 2008, pp. 365 y ss., 377; JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/284; y KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 708, quien, sin embargo, habla de un “concepto unitario de autor”.

⁵¹⁴ Así, WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, 1902, pp. 110 y ss. También EXNER, «Farhlässiges Zusammenwirken», en HEGLER *et al.* (eds.), *FG-Frank*, t. I, 1930, pp. 570 y ss., por referencia a las distintas combinaciones que permite el nexo entre las “posibilidades subjetivas y objetivas de comportamiento”. Admitía la posibilidad lógica (*de lege lata* vedada) de participación en el delito imprudente, como de autoría mediata y coautoría, FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, pp. 110 y s.

⁵¹⁵ Cfr. BINDING, «Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“ über die „Teilnahme“», *GS*, 76 (1910), p. 103; EL MISMO, *Grundriss des Deutschen*

apreciarse, en la postura de Binding así resumida se puede advertir con especial claridad una separación plena entre el contenido cognitivo referido a la realización del tipo con aquel otro que fundamenta la respectiva relación de agencia.

Frente a la objeción de que el injusto imprudente es inconciliable con el dominio del hecho, desde hace tiempo se han ofrecido variantes de ella, justamente con el propósito de corregir dicha incompatibilidad. Por ejemplo, en vez de un dominio del hecho, reservado para delitos dolosos, tratándose de delitos imprudentes hay quienes han preferido hablar de una “dominabilidad” (*Beherrschbarkeit*), basada en la previsibilidad y evitabilidad del curso del suceso⁵¹⁶. Otros han discurrido en torno de un “dominio potencial del hecho”, aplicable tanto a los delitos impropios de omisión, como a los delitos imprudentes⁵¹⁷. También se ha ofrecido como criterio la “dominabilidad del acontecer del hecho (a través de un no-dominio actual)”, lo cual supone que el autor imprudente pudo haber determinado el curso causal, y que, pese a que dicho dominio potencial fuese solo una posibilidad, la potencialidad de dicho dominio sí tendría que haber sido real⁵¹⁸. Y, en fin, también se ha reformulado el dominio del hecho bajo la forma de una “dirigibilidad” (*Steuerbarkeit*), aplicable exclusivamente a los delitos imprudentes, en donde el suceso no se dirige conscientemente hacia el resultado⁵¹⁹.

A un lado las similitudes y diferencias estructurales que internamente guardan tales propuestas, interesa registrar cómo, de esta manera, aparece confirmada la impresión de que el dominio del hecho es una fórmula amplia que permite albergar comprensiones bastante disímiles acerca de la autoría, como del injusto imprudente. A su vez, la distinta fundamentación de la autoría (dolosa e imprudente) con arreglo a la cual proceden tales tesis determina que el carácter “restrictivo” que pregonan ya no sea susceptible de ser predicado de un “concepto de autor”, drásticamente así escindido, reflejándose más bien en alegatos en favor de un modelo diferenciador de intervención delictiva.

Strafrechts. Allgemeiner Teil, 8ª ed., 1913, p. 152; EL MISMO, «Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts», en EL MISMO, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, pp. 291-296.

⁵¹⁶ STRATENWERTH, «Arbeitsstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht», en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *FS-Schmidt*, 1961, p. 391.

⁵¹⁷ Así, FRANZHEIM, *Die Teilnahme*, pp. 38 y ss., quien considera que, para que se aplique esa forma de dominio “más débil” (en parangón con el “dominio fáctico del hecho” de los delitos dolosos), es necesario que el autor tenga la capacidad necesaria para cumplir con el deber de evitar el resultado. Dado que el conocimiento de la posibilidad de dirigir el hecho es un elemento de la esencia del dominio del hecho, Franzheim restringe el ámbito de aplicación del “dominio potencial” solo a la imprudencia consciente.

⁵¹⁸ Así, BLOY, «Recensión a la obra de S. Kamm, “Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999”», *GA* (2000), p. 395. Véase antes EL MISMO, *Die Beteiligungstypus als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 142 y 227, refiriendo la autoría imprudente a la “dominabilidad de la producción del resultado”.

⁵¹⁹ Cfr. OTTO, «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», en SEEBODE (ed.), *FS-Spendel*, 1992, pp. 276 y ss.; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., 21/111.

En lo concerniente a la caracterización del autor de un delito imprudente como todo aquel que mediante la infracción de un deber de cuidado contribuye a la realización del tipo, aquí se estima decisiva la réplica erigida desde el principio de autorresponsabilidad. En efecto, así como en el delito doloso la “co-causación” de la lesión de un bien jurídico no tiene por qué fundamentar desde ya autoría, tampoco habría de procederse de modo distinto sencillamente por tratarse de comportamientos imputables a imprudencia⁵²⁰. Dado que solo se responde en virtud de acciones propias, aun cuando la infracción de un “deber de cuidado” contribuya a la realización de un tipo, si es que la acción que satisface su descripción no es susceptible de ser imputada como propia, el sujeto en cuestión tampoco puede venir en consideración como autor. Esta visión apoya una interpretación armónica de los §§ 25, 26 y 27 del StGB, que, en tanto que disposiciones generales relativas a toda acción punible en un contexto de intervención, acoge un concepto restrictivo de autor cuya única singularidad, tratándose de hechos imprudentes, descansa en la impunidad de los actos de participación⁵²¹. Asimismo, ello ha permitido clarificar que los preceptos de la Parte especial que aparentemente ampliarían el radio de comportamientos prohibidos⁵²², más bien, tendrían que interpretarse a la luz de las disposiciones generales relativas a las formas de intervención, lo que significa: castigando solo modalidades de autoría, pero no de participación, pues de otro modo se contradiría con lo reglado en los §§ 26 y 27⁵²³.

A modo de cierre de este panorama sinóptico, cabe registrar que, aun cuando el concepto unitario o, en su caso, extensivo de autor siga gozando de amplia adhesión en la dogmática alemana, cada vez son más las voces favorables a la aplicación de las disposiciones sobre intervención delictiva a los delitos imprudentes⁵²⁴. Desde luego, con la regulación vigente ello no altera la impunidad de la participación imprudente, pero sí abre inmediatamente el debate acerca de la plausibilidad de la coautoría y la autoría mediata imprudentes.

⁵²⁰ Fundamental, SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 110 y s. Véase también DIEL, *Regreßverbot*, pp. 315 y ss., especialmente pp. 321 y ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 123 y ss., 261 y ss.

⁵²¹ Cfr. DIEL, *Regreßverbot*, p. 315; HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/152, quien, además, señala la necesidad de distinguir entre formas de autoría, pues a quien ha causado el resultado de manera mediata, o bien, solo parcialmente directa, no puede imputársele el hecho, sin más, como a un autor directo en solitario.

⁵²² Como contraargumento a ciertos tipos redactados con verbos causativos en el StGB, RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/129, invoca una serie de tipos imprudentes en donde el legislador se remite a las descripciones de acción empleadas para los correspondientes tipos dolosos.

⁵²³ En contra de una interpretación amplia del § 222, relativo al homicidio imprudente, véase SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 111 y s.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 127 y s., precisando que el § 222 ha de ser interpretado de la siguiente forma: “tú no debes causar la muerte de otro, imprudentemente y en forma de autoría” (*fahrlässig-täterschaftlich*). Favoreciendo una interpretación restrictiva, también HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 255.

⁵²⁴ Por ejemplo, y desde distintas ópticas, HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/152; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 261 y ss.; SCHNEIDER, *S. Das Täterschaftsattribut*, pp. 103 y ss., 254 y ss.

II. Bases teóricas del modelo de análisis propuesto

1. Enclave sistemático del problema acerca de la relación entre autoría e imputación subjetiva

Con el fin de analizar la clase de relación reconocible entre autoría e imputación subjetiva, es necesario introducir la tesis que aquí se sugiere a propósito de la ubicación sistemática que, al interior de la teoría del delito, ocupa la pregunta acerca de las modalidades de intervención en un hecho delictivo. Para efectos ilustrativos, conviene antes tener en vista el marco de (al menos, algunas) de las opciones disponibles al respecto.

En parangón con el tradicional método de análisis aplicado al régimen de accesoriadad interna de la participación —y aunque, a diferencia de este último caso, a propósito de la noción de autor los planteamientos no suelen exhibir el mismo grado de explicitud⁵²⁵—, pueden identificarse diversas concepciones de autoría, según los presupuestos que se exijan para fijarla conceptualmente. Así, desde algunas perspectivas teóricas, para que un sujeto sea considerado autor, solo se requiere que haya desplegado un comportamiento típico o, en su caso, no cubierto por una causa de justificación. Entonces, cabría hablar de una concepción “objetiva” de autoría⁵²⁶, a la que podría llegarse desde la formulación más ortodoxa de la teoría objetivo-formal, como también desde planteamientos que trabajan los problemas de intervención delictiva como exclusivo asunto de imputación objetiva. En cambio, la doctrina todavía mayoritaria presupone, además, la presencia de dolo o de imprudencia, en tanto que elementos integrantes del “tipo subjetivo”. Lo anterior se revela en la frecuente caracterización del dominio del hecho como un criterio compuesto por elementos objetivos y subjetivos⁵²⁷, y en la no inusual presentación de la

⁵²⁵ Ello se debe a que la responsabilidad jurídico-penal a título de autor exigirá, por supuesto, la satisfacción de todos los presupuestos de un hecho punible. Pero la pregunta que aquí interesa está referida a las condiciones necesarias para hablar de autor, en tanto que sujeto al cual puede imputarse un hecho a título propio, y no (todavía) como sujeto responsable por ese hecho.

⁵²⁶ En esta línea, véase LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), *passim*, especialmente p. 891, nota 8, pp. 908 y s., nota 39, para quien, además, el examen de la autoría es previo al de la imputación objetiva. Considerando que la autoría no se excluye por falta de dolo o de imprudencia, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, especialmente p. 581, nota 154, y pp. 688 y ss. También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, pp. 26 y ss., 54 y ss., defiende un concepto de autor “puramente objetivo”, que identifica autoría y “al menos tentativa”, sin exigir, por tanto, “la infracción de la norma personal de conducta”. Cfr. ROBLES PLANAS, *Polít. Crim.*, 30 (2020), p. 1001, quien, en el contexto de la defensa de un sistema de intervención, plantea que el nexo entre los intervinientes es de carácter objetivo-normativo, por lo que la accesoriadad solamente se refiere a la parte objetiva del injusto.

⁵²⁷ Característica que se apoya en una idea de dominio del hecho que, para ser tal, requeriría el conocimiento de las circunstancias fácticas que lo fundamentarían. Al respecto, véase BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pp. 202-205, quien a partir de ello desprende consecuencias para el régimen de accesoriadad de la participación.

autoría como un problema de injusto⁵²⁸. Ello tiende a coincidir con una visión aún dominante, que simultáneamente defiende un régimen de accesoriedad limitada en el ámbito de la participación⁵²⁹. En cambio, tras asumir un concepto jurídico-penal de acción que reconoce en la culpabilidad del agente un presupuesto, otro sector de la doctrina añade a la culpabilidad dentro de los elementos de análisis al interior de un (en sentido estricto) sistema de intervención delictiva⁵³⁰. Por último, con base en la identificación entre las categorías de autor y sujeto criminalmente responsable, existen planteamientos según los cuales la noción de autor presupone la satisfacción de todos los elementos constitutivos de un hecho delictivo⁵³¹.

Según la tesis que aquí se propone, la pregunta por la categoría de autoría individual o de intervención delictiva aplicable puede situarse en lo que se denomina, siguiendo un modelo analítico en la construcción del delito, un primer nivel de la imputación jurídico-penal, relativo a la capacidad de acción. En consecuencia, la condición de autor de uno o más sujetos requiere que el comportamiento que cuenta como una efectiva (o potencial) instancia de realización típica —esto es, el objeto de eventual imputación—, no cubierto por una causa de justificación, haya sido susceptible de ser evitado intencionalmente por tal o tales sujetos. Según la base sobre la cual se construya dicha capacidad de evitación

⁵²⁸ Por ejemplo, caracterizando a la autoría como problema de injusto, WELZEL, *PG*, 11ª ed., § 15/1. Similar, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 366 y ss., para quien la autoría solo puede afirmarse después de constatados los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo de injusto.

⁵²⁹ Pero tal correspondencia admite excepciones. Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., pp. 794 y s., quien considera que la autoría no puede predicarse de quien realiza una acción típica lícita, sin perjuicio de que las acciones de inducción o auxilio a una acción lícita sí podrían ser ilícitas, debido al carácter personal de los permisos. Nótese, sin embargo, que una accesoriedad puramente fáctica supone discurrir sobre la base de una participación que habría de procurarse su propio objeto de imputación (un delito de participación), en circunstancias de que una participación en hechos justificados parecería exhibir más bien los caracteres de una tentativa de participación *en un delito*.

⁵³⁰ Sobre la premisa de que una relación de intervención delictiva debe ser capaz de expresar cierto valor comunicativo, una toma de postura mancomunada contra la vigencia de la norma, Jakobs incluye la culpabilidad dentro de sus elementos constitutivos. Cfr. JAKOBS, *FS-Yamanaka*, p. 109; y, en términos más generales, EL MISMO, «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, pp. 121-124. De este modo, las formas de comportamiento inevitables o no culpables no expresarían ningún sentido delictivo, por lo que, estrictamente, no constituirían aportes, sino meros factores causales. En detalle al respecto, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 204, 208, 360 y ss.; EL MISMO, *Pena y sentido*, pp. 322 y ss., para quien no cabe hablar de intervención delictiva sin una infracción culpable de la norma; sin embargo, una vez supuesta la inevitabilidad de los intervinientes, cada uno es castigado de acuerdo con su propia toma de decisión frente a la norma. Véase también PAWLK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 272 y ss., quien, recuperando el vínculo entre los conceptos de acción y autoría desarrollado ya por penalistas con formación hegeliana, llega a la conclusión de que solo puede haber participación respecto de una acción culpable e imputable al autor, es decir, un régimen de accesoriedad máxima. La mayoría de la doctrina, sin embargo, admite la posibilidad de predicar la condición de autor en quien concurre una causa de inculpabilidad o de exculpación. Al respecto, por ejemplo, HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, § 25/28; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 368; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/74.

⁵³¹ Por ejemplo, en este sentido ya NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 40 y 43. Véase también RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* (1969), p. 462.

intencional, podría fundamentarse a su respecto una imputación ordinaria a título de dolo, o bien, una imputación extraordinaria a título de imprudencia.

Para sustentar la tesis avanzada, conviene volver la mirada sobre la relación que guardan las nociones de autoría y capacidad de acción, ya sugerida con anterioridad⁵³². Ello permitirá, por una parte, ilustrar en qué medida las razones por las que aquí se considera que la condición de autor presupone la presencia de algún criterio de imputación subjetiva difieren de las que determinan que un importante sector de la doctrina llegue a la misma conclusión; por otra parte, permitirá esbozar, de modo sintético, las razones por las que, no obstante, para hablar de autoría no se estima necesaria la capacidad de motivación.

Que en el marco de la construcción de la teoría jurídica del delito los conceptos de acción y de autoría aparezcan como categorías que se co-pertenecen no es ninguna novedad, desde ya, porque la distinción entre un mero hecho y una acción tampoco lo es. Dicha co-pertenencia descansa en el aserto de que, pragmáticamente articulado, el juicio por medio del cual se imputa una acción a un sujeto ha de contener como elemento ínsito la *posibilidad* —si bien sujeta aún a la satisfacción de ulteriores condiciones— de atribuir responsabilidad penal por ella; mientras que la autoría, a su vez, ha de suponer una relación agencial previa en la que la acción en cuestión aparezca, por mor de la capacidad de evitación atribuible al (solo en tal medida) agente, como constitutiva de un injusto (de acción). La consecuencia más inmediata que se sigue del nexo anticipado reside en que las causas de exclusión de la capacidad de evitación han de obstar, no solo a las formas de imputación subjetiva, sino que también, de manera correlativa, a la posibilidad de imputar la realización del tipo por la vía de alguna de las modalidades de autoría o de intervención accesoria.

En efecto, si el comportamiento en cuestión no ha sido actualmente evitable (ausencia de dolo), y dicha inevitabilidad tampoco es reconducible a la falta de adopción imputable de alguna medida de cuidado (ausencia de culpa), por aplicación del principio *impossibilium nulla est imputatio* decae la imputación de primer nivel, pudiendo venir en consideración semejante evento —esto es, la modificación de un estado de cosas por otro— nada más que como un *mero* comportamiento humano. La conclusión anterior no se sigue del hecho de que la constatación de antinormatividad exija un comportamiento imputable subjetivamente (es decir, lo que la doctrina dominante denomina “tipicidad subjetiva”). Al contrario, según se ha defendido aquí, el carácter antinormativo de un comportamiento es susceptible de ser afirmado con independencia de su evitabilidad, ya que, para tales efectos, solo basta que satisfaga la *descripción* de la clase de acción prohibida o requerida

⁵³² Al respecto *supra* Cap. Segundo, apdo. II 2.3.1.

en el tipo. Así y todo, si de autoría únicamente cabe hablar en la medida en que se constate la respectiva infracción de deber (y no solo un comportamiento potencial o efectivamente antinormativo), ello obedece a que toda modalidad de autoría presupone una relación agencial que *vincule* al sujeto con el hecho que se le imputa, siendo el caso que dicho vínculo no se deja establecer tratándose de comportamientos absolutamente inevitables. Por esto, no se puede —*rectius*: carece de sentido— adscribir un evento a cierto sujeto sin que exista al menos la posibilidad de que pueda ser considerado su agente, lo cual significa decir: un sujeto potencialmente responsable, en tanto que “portador” de respuestas frente a lo ocurrido⁵³³. Puesto que la práctica de atribuir responsabilidad (moral y jurídica) se enmarca dentro del juego de dar, pedir y recibir razones, la *imputación* de un hecho se vuelve superflua si se procede a partir de un enfoque produccionista de corte causal: tan inoficioso resulta que el sujeto imputante pida razones al sujeto pasivo de la imputación respecto de algo que solo le ha sucedido, como que este último se esfuerce en dar razones por un evento cuya verificación no ha podido evitar intencionalmente⁵³⁴. De ahí que, con Sneddon, pueda concluirse que, desde una perspectiva pragmática, “la posibilidad de atribuir responsabilidad por un evento es una clase de condición necesaria para que tal evento cuente como una acción”⁵³⁵.

Como consecuencia de lo anterior, por de pronto, cabría descartar, *v. gr.*, la afirmación de cualquier modalidad de autoría en la realización de un comportamiento constitutivo de caso fortuito, o de incapacidad física inevitable, en tanto en cuanto la causalidad no es un mecanismo idóneo para adscribir agencia⁵³⁶. De modo análogo, cabría negar la condición de coautores de dos sujetos que se comportan de manera conjunta, pero padeciendo un error de tipo invencible provocado por un tercero, posible autor mediato.

En contra de la recién esbozada, como de cualquier tesis que presupone un criterio de imputación subjetiva para hablar de autor, podría objetarse que, de esta manera, se perdería la posibilidad de trabajar con un único concepto de autor, tanto para el injusto doloso como imprudente. Aunque es cierto que la forma (estratégicamente) más eficaz de

⁵³³ El elenco de respuestas que aquí interesa también ha de ceñirse a un contexto de análisis pragmáticamente determinado por una imputación jurídico-penal. De ahí que, como ya lo observara SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, p. 56, “un determinado proceso puede no ser acción para el subsistema social del Derecho penal (carecer del mínimo contenido interpretativo para que éste pueda tomarlo como objeto posible) y, sin embargo, podría sí serlo para otro subsistema social (por ejemplo, el familiar)”.

⁵³⁴ Sobre uno de los posibles sentidos que admite la noción de responsabilidad, como relación genética destinada a encontrar antecedentes que *expliquen* la existencia de un suceso, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *ADPCP* (2000), pp. 172 y ss.

⁵³⁵ SNEDDON, *Action and Responsibility*, pp. 19 y ss., 26 y ss. De ahí que, como Sneddon señala (*ibidem*, pp. 8 y ss.), su tesis acerca del adscriptivismo no sea un proyecto de análisis conceptual, sino uno que se preocupa de determinar bajo cuáles condiciones, ordinariamente, atribuimos acciones. Véase también MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), p. 674, según quien la caracterización de un evento como la acción de un sujeto ya entraña una “hipótesis de imputabilidad”.

⁵³⁶ Al respecto, con más detalle Cap. Quinto, apdo. IV.4.2.2

conservar dicha unidad consistiría en defender un concepto “objetivo” de autor, dicha alternativa presenta sus propias dificultades, amén de que tampoco es la única vía posible. Tales dificultades ya han sido analizadas, y básicamente descansan en la identificación entre autoría y realización del tipo —con lo cual la noción de autoría queda vaciada de contenido—, como con el carácter agencialmente opaco al que, concebida desde un plano únicamente descriptivo, quedaría reducida la condición de autor, difícilmente compatible con nuestras prácticas cotidianas de *adscribir* eventos. Pero más importante aun: que las modalidades de autoría presupongan alguna forma de evitabilidad no excluye la posibilidad de aplicar un mismo concepto de autor, tanto al injusto doloso como imprudente, pues lo que varía según la clase de injusto es solo la *estructura* bajo la cual tiene lugar la imputación de un hecho a título propio, pero no así los requisitos constitutivos de los respectivos *criterios* de autoría.

Más allá de la divergencia que, en términos de antinormatividad, supone discurrir en torno de un “tipo subjetivo”, o bien, de un “primer nivel de imputación”, como posibles lugares de análisis del dolo y de la imprudencia, la diferencia sistemática tiene relevancia en el ámbito de la intervención delictiva. Pues la primera de tales opciones, al situar la autoría en el marco del injusto típico, analiza primero los presupuestos objetivos y subjetivos del hecho, para luego revisar las circunstancias objetivas fundamentadoras de autoría y el conocimiento de ellas⁵³⁷. Llevada a sus últimas consecuencias, esta tesis habría de conducir a que el error sobre las circunstancias fácticas que fundamentan la condición de autor (directo, mediato o de coautor) tengan que ser tratadas, igualmente, como supuestos de error de tipo. Esta forma de proceder puede advertirse nítidamente en una marcada tendencia a que el dolo acabe fagocitando el “elemento subjetivo” del dominio del hecho⁵³⁸. Ahora bien, nótese que, en los resultados, la conclusión anterior generalmente no es incorrecta: el desconocimiento de los presupuestos sobre los cuales descansa una relación agencial (inmediata, mediada o compartida) que *podría haber sido* base para una instancia de autoría (directa, mediata o de coautoría) suele redundar —especialmente en la autoría directa— en un error acerca de la realización de las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo. Por ejemplo, A ignora que su comportamiento con B

⁵³⁷ Según ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 367 y s., primero se analizan los presupuestos objetivos del injusto; luego el dolo, y se concluye con la pregunta de si concurre autoría, inducción o complicidad. Para esto último, en primer lugar, se verifican los presupuestos objetivos de la autoría y luego si el sujeto conocía tales circunstancias. No obstante, puesto que para Roxin los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho constituyen una unidad dialéctica, de faltar el conocimiento sobre las circunstancias externas que lo fundamentan, ni siquiera cabría hablar de un dominio “objetivo” del hecho.

⁵³⁸ Sobre las dificultades que este planteamiento exhibe para admitir una coautoría en el injusto imprudente, *infra* Cap. Sexto, II.4. En cambio, de modo distinto a la opinión probablemente dominante, BLOY, *ZStW*, 117 (2005), pp. 7 y s., considera que no es concebible un dominio del hecho en desconocimiento de las circunstancias que lo fundamentan. Con ello, en caso de una falta de conocimiento respecto de la “efectiva existencia de las circunstancias potencialmente fundamentadoras del dominio del hecho”, lo que opera no es un error de tipo, sino que faltaría ya el propio dominio del hecho.

convergerá en la producción de un determinado resultado, y, *por eso*, ignora que satisfará la descripción de algún tipo delictivo⁵³⁹. Con todo, lo que aquí interesa puntualizar es que la co-existencia de ambos errores es contingente, lo cual deriva del hecho de que la pregunta acerca del conocimiento o desconocimiento acerca de la forma bajo la cual se realiza una determinada acción (de manera individual, conjunta o a través de otro), aunque estrechamente ligada, es distinta de la que interroga por las propiedades (típicas) que pudiese llegar a exhibir esa acción. En el ejemplo antes considerado, *A* podría advertir que su comportamiento satisfará la descripción de cierto delictivo, pero no que, además, habría de converger con el de *B*, en cuyo caso el error sobre los presupuestos fácticos de los que depende el establecimiento de cierta relación agencial (en este ejemplo, compartida) solo obsta al reconocimiento de la respectiva instancia de coautoría, pero no deviene en un error de tipo excluyente de dolo. Y, por cierto, también podría ser que *A* y *B*, sabiendo que realizan una acción conjunta, ignoren, sin embargo, que su comportamiento ejemplificará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, en cuyo caso lo que se excluirá es el dolo, pero no así la relación agencial compartida.

Por otro lado, y según fuese ya enunciado, que la condición de autor presuponga en el o los sujetos en cuestión alguna capacidad de evitación intencional no significa que, para tales propósitos, necesite exigirse en él o en ellos, además, la capacidad de motivación suficiente para haber hecho de la correspondiente norma de comportamiento una razón para su acción. Lo que se interroga en el segundo nivel de la imputación jurídico-penal no es la posibilidad de establecer una conexión agencial entre uno o más sujetos y un determinado evento —ella ha sido fijada en su primer nivel de análisis—, sino la capacidad y exigibilidad de que en la realización de esa acción haya podido priorizarse una motivación conforme a la norma. Desde luego, ello supone favorecer un concepto de acción según el cual, para que un comportamiento sea susceptible de interpretar como tal, basta con que haya sido ejecutado intencionalmente bajo alguna de sus descripciones posibles, sin que sea necesario que se corresponda efectivamente con la alternativa de actuación que hubiese sido preferida por el o los sujetos que lo ejecutan⁵⁴⁰. Dado que,

⁵³⁹ Si tal desconocimiento era acaso evitable, abriendo así la vía a una posible imputación por imprudencia, es una pregunta adicional. Sobre estos supuestos de “autoría paralela”, *infra* Cap. Octavo, apdo. III.

⁵⁴⁰ De hecho, en los casos de exculpación la posibilidad de una acción no libre precisamente es la que provee un parámetro para contrastar aquello que un sujeto habría preferido realizar con aquello que, por factores que afectan a su capacidad de motivación, divergen de lo que efectivamente hizo. Al respecto, WATSON, *Agency and Answerability*, 2004, pp. 25-27, diferenciando las condiciones de las que depende la adscripción de agencia de aquellas otras de las que depende una agencia libre; y FRANKFURT, *The importance of what we care about*, pp. 11 y ss., quien plantea este problema en términos de que es perfectamente compatible decir que, *v. gr.*, “*A* quiere hacer *x*” con el hecho de que “*A realmente* no quiere hacer *x*”, pues mientras que el primer enunciado expresaría una intención de primer orden (relativa a la ejecución de una acción), el segundo expresaría una intención de segundo orden (relativa a la elección de la intención que desea realizarse). Por esto, según Frankfurt (*ibidem*, p. 76), el comportamiento del adicto que no tiene conciencia de su adicción es igual de *intencional* cuando es llevado a consumir la droga por la

más allá de las condiciones motivacionales bajo las cuales tiene lugar ese comportamiento, su estatus de *acción* no varía, ni el contenido ni la estructura de la respectiva modalidad objetiva de evitación, expresada bajo la forma de algún criterio de autoría o de participación, resultarán sensibles a los avatares que eventualmente puedan afectar a este segundo nivel de la imputación. Con ello, por ejemplo, la circunstancia de que un sujeto actúe condicionado por un estado de necesidad exculpante no habría de alterar el estatus intencional del comportamiento que despliega, sino que más bien tendría que añadir una descripción adicional que especifique que esa acción ha sido ejecutada bajo condiciones motivacionalmente deficitarias⁵⁴¹. Asimismo, dos inimputables perfectamente podrían caracterizarse como coautores, aunque el injusto (doloso o imprudente) que realizan no llegue a constituir un hecho delictivo, por no tratarse de una infracción de deber culpable.

Por último, de lo dicho hasta el momento se sigue *a fortiori* que tampoco es necesario que la condición de autor (directo, mediato o coautor) exija el cumplimiento de los demás presupuestos de los que depende la punibilidad del respectivo hecho. Puede remitirse para esto a consideraciones previas sobre la distinción entre el uso de las categorías de autoría y de participación como modalidades de imputación, por un lado, y como títulos de responsabilidad criminal, por el otro⁵⁴².

2. Intervención delictiva e imputación subjetiva: reglas de imputación lógicamente independientes, pero pragmáticamente dependientes

Sustentada en argumentos que ya fuesen trabajados, una de las premisas teóricas cardinales defendidas en esta investigación descansa en el estatus adscriptivo que caracteriza tanto a las modalidades de intervención delictiva como a los criterios de imputación subjetiva. Entre otras cosas, según se mencionaba, ello significa que ambas clases de reglas operan de manera externa al tipo, o, lo que es igual, presuponiendo ya configurado un (comportamiento que será) objeto de una eventual imputación. En lo que concierne a la relación interna entre tales categorías enseguida se propondrán las dos siguientes tesis. La primera indica su independencia categorial, y básicamente reza como sigue: la pregunta acerca de la eventual imputación subjetiva por un comportamiento (potencial o efectivamente) antinormativo es teóricamente discernible de la investigación acerca de las posibles modalidades de intervención delictiva en él. Pues con la primera se interroga si acaso al sujeto en cuestión ha resultado evitable la realización del tipo (o su

fuerza compulsiva de su adicción, que cuando la consume por libre elección; sus movimientos no son meros eventos.

⁵⁴¹ Distinta es la situación en los casos de coacción, que introducen la posibilidad de que la relación de agencia con respecto al hecho pueda trasladarse, vía autoría mediata, a quien ejerce el acto coercitivo.

⁵⁴² Véase *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.2.1

tentativa), y, de ser esto afirmativo, de qué manera se deja fundamentar dicha capacidad de evitación. La segunda, en cambio, reducida a su contenido más elemental, permite especificar la clase de vínculo agencial (directo o indirecto) existente entre el o los sujetos involucrados con el comportamiento que cuenta como objeto de esa posible imputación. Para la fundamentación autónoma de cada una de tales afirmaciones puede aquí remitirse a desarrollos previos⁵⁴³. Ahora, más bien, interesa enfatizar que la diferencia genérica de planos analíticos recién esbozada —el por qué versus el cómo de la capacidad de evitación— determina que, al menos *prima facie*, la clase de respuesta obtenida en cada nivel no tiene por qué ser sistemáticamente vulnerable a la que se obtenga en el otro. Sobre las consecuencias que se derivan de esta última tesis se retornará al cabo de haber desarrollado un segundo argumento, que justamente la complementa.

Pues bien, la segunda tesis a defender consiste en la dependencia pragmática que puede identificarse entre los criterios de imputación subjetiva y las modalidades de intervención delictiva. Esta *conexión funcional* se refleja en que la respuesta acerca del cómo un sujeto responde por el comportamiento que se le imputa presupone la existencia de razones preliminares que justifiquen por qué ese comportamiento podría atribuírsele en tanto que infracción de deber; y, a su vez, la forma concreta de comportamiento que, para evitar la realización del tipo, el agente, según el caso, habría debido omitir o habría debido ejecutar no puede ser insensible a la clase de acción (principal o de favorecimiento) y a la clase de relación agencial (inmediata, mediata o compartida) que le subyace. Así, se trata de preguntas distintas, pero operativamente imbricadas. Una genuina relación agencial solo puede predicarse de comportamientos evitables, pues, de lo contrario, aunque una instancia de realización típica sea fácilmente reconducible al comportamiento de uno o varios sujetos, si ellos no han podido evitarlo de forma alguna (es decir, si no es atribuible ni a dolo ni a imprudencia), entonces se estaría discurrendo no en torno de algo que hayan hecho, sino de algo que “les ha ocurrido”⁵⁴⁴. Por su parte, la determinación de aquello que uno o más sujetos tenían que haber evitado necesita tener en vista el modo en que se relacionan sus respectivos comportamientos, pues solo de esa manera llega a formularse, en sus *precisos términos*, la pregunta acerca de por qué habrían tenido que evitar actuar del modo en que lo han hecho (esto es, no haber ejecutado una acción principal de manera directa, conjunta o a través de otro, o bien, no haber ejecutado una acción de favorecimiento). En función del propósito aquí perseguido, la atención fundamentalmente se centrará en las posibles relaciones agenciales subyacentes a una acción principal —la

⁵⁴³ Sobre las modalidades de intervención delictiva, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3.1. Sobre las modalidades de imputación subjetiva, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.1.

⁵⁴⁴ Para esta distinción, FRANKFURT, *The importance of what we care about*, p. 69. Esta idea también la expresa acertadamente MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), pp. 33 y s., distinguiendo eventos en el mundo que no suceden sin más, sino que “alguien *hace* que sucedan”. (Cursiva añadida).

que satisface la descripción típica, y cuya realización es la que se imputa como propia a título de autoría— y en su conexión con los criterios de imputación subjetiva⁵⁴⁵.

En efecto, la clase de relación agencial subyacente a una acción principal⁵⁴⁶ permite determinar si —y, en su caso, especificar de qué modo— uno o varios sujetos disponían de la respectiva “oportunidad para la acción”, esto significa: estar situado o situados en una posición tal de que la norma de comportamiento represente una razón inmediata para omitir o ejecutar cierta clase de acción, prohibida o requerida⁵⁴⁷. Concretamente, la clase de relación agencial incide en la *elaboración contrafáctica* de la acción que habrían tenido que desplegar tal o tales sujetos para que su comportamiento no fuese instancia de quebrantamiento de una norma de comportamiento, o bien, para que el quebrantamiento de esta norma no fuese susceptible de imputársele(s) a título de participación. Pero para dicha reconstrucción, desde luego, han de tomarse necesariamente como punto de partida las circunstancias (tenidas por) verdaderas por el o los sujetos en cuestión, así como sus capacidades físicas de evitación, pues de ello depende radicalmente que el comportamiento ejecutado u omitido, efectivamente, pueda contar como una falta de reconocimiento de la norma como razón vinculante para la acción⁵⁴⁸. El conocimiento de tales circunstancias, a su vez, puede incluir una referencia al comportamiento desplegado por otro u otros, y que, bajo alguna clase de conexión con el propio (por ejemplo, de agencia mediada o compartida), determinan la forma específica en que se deja configurar la respectiva infracción de deber, a la vez que habilitan la imputación de este injusto a título de autoría (directa, mediata o de coautoría). El nexo operativo acabado de esbozar nuevamente puede ser expresado en términos del modelo del silogismo práctico.

Tratándose de una relación de agencia individual directa predicada de la realización del tipo de homicidio, el esquema podría ser el siguiente:

⁵⁴⁵ Recuérdese, pues, que la acción *principal* fijada a nivel de antinormatividad designa el *comportamiento* que podría ser objeto de imputación, pero entonces nada se ha dicho aún acerca de la forma de imputar dicho comportamiento en tanto que *acción principal*. Al respecto, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3.1.

⁵⁴⁶ Téngase en cuenta que, como se ha señalado, la clase de relación de agencia (directa, mediada o compartida) que subyace al comportamiento eventualmente imputable a dolo o imprudencia *no se identifica* con la respectiva instancia de autoría, sino que *sirve de base* para que a través de alguna de las modalidades de autoría correspondientes (autoría directa, mediata o coautoría) se impute dicha infracción. Antes de que se establezcan las condiciones para una imputación a título de dolo o de imprudencia no cabe hablar propiamente de autoría. Así, dos sujetos pueden actuar conjuntamente y, sin embargo, padecer un error de tipo invencible, de manera que esa relación agencial compartida (que, como tal, podría no estar viciada) no daría pábulo a una instancia de coautoría. Piénsese también en el caso de dos sujetos que conjuntamente cooperan a la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero: tal acción auxiliar de favorecimiento descansaría en la relación de agencia compartida entre dos cómplices, lo que no la convertiría en una “complicidad en coautoría”.

⁵⁴⁷ Sobre esta aplicación de la categoría de “oportunidad para la acción”, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 75 y 77.

⁵⁴⁸ Para la relación entre los conocimientos que los (potenciales) coautores tienen de su propia aportación y de la de los demás con la imputación subjetiva de dicho comportamiento a título de infracción de deber, véase KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), pp. 66 y s.

- (i) Si *A* reconoce la prohibición de matar a otro como razón vinculante (premisa mayor);
- (ii) y *A* advierte que si atropella al peatón *P* podría causar su muerte (premisa menor);
- (iii) entonces, *A* debe no atropellar a *P* (conclusión).

En la premisa menor se sitúa un estado intencional cognitivo —la creencia de *A* de que “atropellar a otro” podría ejemplificar la clase de acción prohibida “matar a otro”— que podría permitir a *A* inferir, con necesidad práctica, el deber de abstenerse de atropellar a *P*. Si, en cambio, *A* ejecutase dicha acción, habiendo tenido la capacidad física de evitarla, entonces dicho homicidio podría serle imputado como una infracción de deber dolosa a título de autoría directa. El ejemplo permite confirmar una tesis ya sostenida a propósito de la autoría directa: como esquema básico de adscripción de un hecho a título propio, solo requiere la satisfacción de los presupuestos generales de imputación jurídico-penal.

El esquema de una relación de agencia compartida predicada de la realización de ese mismo tipo requeriría la siguiente variación:

- (i) Si *A* y *B* reconocen la prohibición de matar a otro como razón vinculante (premisa mayor);
- (ii) y *A* y *B* saben que propinar conjuntamente una brutal golpiza a *C* puede constituir una instancia de la clase de acción prohibida “matar a otro” (premisa menor);
- (iii) entonces, *A* y *B* deben no propinar conjuntamente una brutal golpiza a *C* (conclusión).

En este caso, la referencia al comportamiento de otro determina que tanto *A* como *B*, en sus respectivos razonamientos, puedan inferir, con necesidad práctica, el deber de abstenerse de ejecutar conjuntamente una determinada acción. Nótese que es justamente la ejecución de dicha acción conjunta, bajo la creencia compartida de que sería instanciación del tipo de homicidio, la que constituiría una infracción de deber dolosa imputable a *A* y *B*, como acción propia, a título de coautores. Interesa así destacar que la forma específica en que la norma de comportamiento fundamenta un deber conjunto (en este caso, de abstención) para tales sujetos ya incluye una referencia a la actuación del otro. A su vez, la realización de una acción que ejemplificaría el tipo de homicidio está incluida en los respectivos compromisos cognitivos de *A* y *B* bajo una creencia compartida que contiene recíprocamente una referencia al comportamiento del otro.

Una eventual relación de agencia mediada con respecto al tipo de homicidio podría esquematizarse del siguiente modo:

- (i) Si *A* reconoce la prohibición de matar a otro como razón vinculante (premisa mayor);
- (ii) si *A* sabe que disparar con un arma de fuego a una persona puede ser instancia de la clase de acción prohibida “matar a otro”; y, asimismo, *A* sabe que, si provoca un determinado error en *B*, este último podría causar la muerte de *C* por la vía de dispararle con un arma de fuego (premisa menor);
- (iii) entonces, *A* debe no provocar en *B* un error tal que, a través del comportamiento de *B* consistente en disparar con un arma de fuego, dé lugar a que su comportamiento se deje redescibir como causar la muerte de *C* (conclusión).

Aquí también el específico deber bajo cuya forma se concreta la respectiva norma para *A* toma como referencia el comportamiento de otro sujeto. De hecho, *prima facie* *A* solo está en condiciones de omitir la ejecución de una acción auxiliar consistente en instrumentalizar a *B*, esto es, abstenerse de provocar un déficit de competencia en él. Sin embargo, si *A* reconoce que, de provocar un determinado error en *B*, este podría matar a *C* por la vía de dispararle con un arma de fuego y, pudiendo abstenerse de ello, no lo hace, se constituiría respecto de *A* una infracción de deber dolosa imputable, como acción propia, a título de autoría mediata, pues la acción (provisionalmente) auxiliar de *A* —así complementada por la acción ejecutada por *B*— admitiría ser redescrita como una acción principal. Como se aprecia, también la capacidad de evitación del autor mediato tiene un objeto de referencia compuesto, pues la concreción de qué es aquello que ha de evitar se complementa teniendo en vista lo que podría realizar el “sujeto de delante”.

Dado que las normas de la Parte especial únicamente constituyen razones para omitir o ejecutar acciones principales⁵⁴⁹, según fuese ya señalado aquí, el comportamiento de los partícipes no es antinormativo ni, por ende, constitutivo de infracción de deber⁵⁵⁰. No obstante, ello opera como un presupuesto para que la infracción de deber de otro u otros pueda resultarles imputable a título de participación, en la medida en que tales sujetos hayan realizado acciones eficaces de favorecimiento. Ahora bien, precisamente porque aquí también se trata de una operación adscriptiva —con la sola diferencia de que está

⁵⁴⁹ Pues a partir del contenido proposicional de aquellas normas solo puede inferirse con necesidad práctica el deber de omitir o de ejecutar acciones que ejemplifiquen la respectiva clase de acción prohibida o requerida. Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 86 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74.

⁵⁵⁰ Sin perjuicio de que nada impide que un sujeto anticipe la posibilidad de que, por la vía de ejecutar una acción auxiliar para el quebrantamiento de una norma por parte de otro, esta norma pueda imputársele a título de participación, de manera que ello opere como una razón para abstenerse de ejecutar dicha acción de favorecimiento.

referida a la imputación de acciones auxiliares— rige sin reservas el principio *impossibilium nulla est imputatio*, de lo cual se sigue la necesidad de que la prestación de dicha acción auxiliar haya resultado evitable. Para que un hecho sea imputable *qua* participación en un hecho delictivo a título doloso es necesario que el partícipe, además de disponer de una capacidad física de evitación, haya advertido que su comportamiento favorecería la ejecución de una acción por parte de otro, y que esta realizaría las circunstancias fácticas que ejemplifican la clase de acción descrita en algún tipo.

Los casos de imprudencia, en cambio, quedan caracterizados por que la premisa menor de el o los agentes está afectada por la creencia errónea de que el comportamiento desplegado no satisfará la descripción del respectivo tipo de delito, o bien, por un déficit en la capacidad física de evitación que impide obrar conforme a deber. Para su examen, pues, se torna necesario recurrir a un silogismo secundario en cuya premisa menor el o los agentes sí se reconozcan situados al menos bajo circunstancias que ameritarían de ellos la adopción de cierta medida de cuidado, y dispongan de las capacidades físicas para aplicarla. Los pormenores de esta operación quedan reservados para un análisis ulterior⁵⁵¹.

De momento, solo ha interesado explicitar que la concreción de una norma de comportamiento en un específico deber no es insensible al vínculo que contingentemente pueda existir entre el comportamiento de un sujeto y el de otros; y que, en contrapartida, el complejo de capacidades de evitación, que permiten fundamentar una imputación subjetiva a título de dolo o de imprudencia, tampoco es totalmente independiente del hecho de si en tales comportamientos se procede de manera individual, conjunta o a través de otro(s). De este modo, una vez configurado el objeto de imputación, y satisfaciéndose al menos un criterio de imputación subjetiva que fundamente alguna forma de evitabilidad, la clase de relación agencial subyacente (directa, compartida o mediada) que ha sido considerada preliminarmente en la pregunta acerca de la capacidad de evitación de el o los sujetos, servirá de nuevo⁵⁵², pero esta vez como *base* para la imputación de una acción principal —*scil.* la que realiza el tipo o cuenta como tentativa de ello— a título de autoría directa, mediata o coautoría.

Pueden concretarse ahora ciertas consecuencias derivadas de la dependencia pragmática entre tales categorías, conceptualmente independientes. En particular, interesa puntualizar que, aun cuando entre el dolo y la imprudencia medie —por argumentos ya

⁵⁵¹ Al respecto, sobre la estructura de la coautoría en el injusto imprudente *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.

⁵⁵² Pues, según lo señalado, la clase de relación agencial predicable con respecto a la acción principal ha repercutido también en la configuración de la *específica instancia* de infracción de deber, pero sin afirmarse esta última, no puede estructurar aún ninguna modalidad de autoría.

ofrecidos en su momento— una relación de *aliud*, y que semejante relación lógico-conceptual pueda predicarse análogamente entre criterios de autoría —por ejemplo, entre autoría directa y coautoría—, ello no significa que de la aplicación coordinada de las categorías en liza haya de emerger por vía de síntesis otra regla de imputación con propiedades cualitativamente propias. Esto descansa en que ni las modalidades de intervención delictiva se encuentran referidas directamente a las de imputación subjetiva —sino más bien al comportamiento que es objeto de imputación, y resulta cualificado como injusto al ser imputable a dolo o a imprudencia—, ni los criterios de imputación subjetiva, por su lado, se predicán de las modalidades de intervención delictiva.

De lo anterior se sigue la incorrección de una categoría tal como, por ejemplo, el “dolo de autoría mediata”, si a ella se asociara la pretensión de denotar algo distinto a un “dolo de coautoría” o a un “dolo de autoría directa”. Más bien, el dolo es un criterio de imputación que permite predicar de un sujeto la capacidad epistémica y física necesarias para haberse abstenido intencionalmente de quebrantar una norma; asunto distinto es que ese criterio de evitabilidad actual recaiga, en esos casos, sobre un comportamiento que, a su vez, puede contener una referencia al de otro u otros. La estructura y la función del dolo como criterio de imputación subjetiva se mantienen invariables.

Por análogas razones, tampoco resultaría apropiado discurrir en términos de una “autoría dolosa”, si con ella pretende denotarse una categoría cualitativamente diversa de una supuesta “autoría imprudente”. Ello no solo descansa en el hecho de que, como acaba de señalarse, un criterio de imputación no puede estar referido directamente a otro, sino en que en ambos casos la autoría sigue presentándose como la imputación de un hecho a título propio. Que un “hecho doloso” exhiba propiedades distintas a las de un “hecho imprudente” —aun cuando la norma quebrantada, como se ha insistido, sea la misma— se explica precisamente por referencia al distinto fundamento que en cada caso permite que ese hecho sea imputable subjetivamente a un sujeto, pero no en el objeto de la imputación, ni tampoco en los elementos conceptuales de la respectiva modalidad de autoría. Las categorías de autor directo, autor mediato y coautor se mantienen invariables, ya que tanto su fundamento, como los presupuestos a partir de los cuales se construyen, son teóricamente independientes de la clase de injusto (doloso o imprudente) a los que se aplican. Ahora bien, lo anterior no obsta al reconocimiento de diferencias externas a nivel de *estructura* del respectivo criterio de autoría. Por ejemplo, tratándose de una potencial coautoría en una infracción de deber imprudente, el hecho de que los sujetos hayan carecido de la capacidad actual de evitar conjuntamente la realización del tipo remite a la pregunta acerca del origen de dicha incapacidad, que, en caso de ser atribuible a la infracción conjunta de una medida de cuidado, abre la vía a una coautoría que tendría que articularse de forma distinta si los sujetos hubiesen incurrido en una infracción de deber

dolosa. Pero, entonces, cabría reparar en que dicha modulación es consecuencia de la particularidad que ofrece toda constelación de imprudencia. Y lo mismo rige, *mutatis mutandis*, para una potencial autoría mediata por imprudencia.

En consecuencia, la identificación de alguna capacidad de evitación intencional en el o los sujetos que han desplegado el comportamiento que es objeto de imputación representa un presupuesto para la aplicación de la correspondiente modalidad de intervención, pero eso no implica que el criterio de imputación subjetiva que resulta aplicable modifique el sentido de lo que se pregunta al dilucidar la forma concreta de autoría o de participación. Con otras palabras, la “autoría dolosa” solamente es distinta de la “autoría imprudente” desde el punto de vista de su referente —lo *denotado* puede ser una infracción de deber dolosa o una infracción de deber imprudente—, pero el sentido —es decir, el modo en que se presentan los objetos referidos— es esencialmente el mismo, pues en ambos casos se trata de *connotar* la imputación de una infracción de deber a título propio.

3. Implicancias particulares para la relación entre autoría e imprudencia

Una de las principales resistencias contra la posibilidad de distinguir intervenciones principales de accesorias en el injusto imprudente reside en la suposición de que — formulado en términos generales— en este último el autor se identificaría con todo aquel que contribuye a la producción del resultado típico mediante la infracción de un deber de cuidado. Aquí se ha insistido en la necesidad de advertir que la tríada de categorías convocadas en esa conjetura —autoría, antinormatividad e infracción de una exigencia de cuidado— están destinadas a responder preguntas que se sitúan en diversos niveles de análisis. Para ello, merece la pena volver sumariamente sobre tales aspectos.

Trabajar las formas de autoría (y de participación) como un asunto de antinormatividad equivale a fagocitar la indagación respecto del responsable por algo en lo concerniente a la constitución del objeto de su responsabilidad, lo que, según se señaló, deja como saldo una explicación necesariamente deficitaria de la responsabilidad penal del coautor y del autor mediato. Frente a ello, más bien, cabe reconocer el carácter irreductiblemente adscriptivo de las modalidades de intervención delictiva.

Por su lado, hacer de la infracción imputable de una exigencia de cuidado un elemento integrante del juicio de antinormatividad conlleva una identificación de planos análoga a la anterior, a saber: la de incluir en la operación que constata el comportamiento que será objeto de una eventual imputación la pregunta respecto del por qué habría de imputarse dicho comportamiento.

Por último, de acuerdo con lo sostenido previamente, a pesar de que tanto las modalidades de intervención delictiva como los criterios de imputación subjetiva revistan el estatus de reglas de imputación, y aun cuando exista una estrecha conexión pragmática entre sí, ninguna de tales reglas suprime ni restringe el espectro de posibilidades que se proyectan en la otra. Sobre este marco teórico, en lo sucesivo, la atención se concentrará en mostrar que del hecho de infringirse una exigencia de cuidado no se sigue la condición de autor en el respectivo injusto imprudente.

¿Puede atribuirse a un sujeto la condición de autor en un injusto imprudente sin haber infringido una exigencia de cuidado? Evidentemente, no. La obviedad de la respuesta descansa en que justamente es la infracción imputable de una exigencia de cuidado lo que permite que la imprudencia opere como criterio de imputación (extraordinaria). Pero, asimismo, como recién se sugirió, la imputación subjetiva opera como precondition para discurrir en términos de autoría: si faltase un criterio que permitiera imputar subjetivamente el hecho al sujeto, ello denotaría su absoluta inevitabilidad. Con todo, una cuestión absolutamente distinta (y ya no trivial) es que el autor en un injusto imprudente sea tal *porque* haya infringido una exigencia de cuidado. En última instancia, que también aquí sea discernible la operación por medio de la cual se atribuye a un sujeto la infracción de una exigencia de cuidado —que fundamenta la evitabilidad de la inevitabilidad de la realización típica— de aquella otra que permite imputarle a título propio la realización del tipo, no es más que una consecuencia de que las preguntas implicadas, como se ha insistido, son diferenciables aun cuando ambas sean conjuntivamente necesarias en el primer nivel de imputación. Esto último puede certificarse desde la estructura interna del juicio de adscripción de imprudencia.

En efecto, si la infracción de una exigencia de cuidado determinase la condición de autor, entonces el nexo de imputación (o “nexo de contrariedad a deber”) habría de admitir —indistintamente— la misma formulación respecto de cada sujeto cuyo comportamiento descuidado hubiese contribuido a la realización de un determinado tipo delictivo. Sin embargo, esto no parece ser así. A partir del carácter contrafáctico del juicio acerca de un eventual nexo de imputación se torna reconocible qué es aquello que cada sujeto pudo haber evitado si hubiese aplicado la medida de cuidado correspondiente, y dicha pregunta admite respuestas diferenciadas, dependiendo de si lo ejecutado bajo cierto déficit de capacidades psicofísicas cuenta como una acción principal, o nada más que como una acción auxiliar de cara a la realización del tipo por parte de otro. De ello se sigue que, en el primer caso, el o los sujetos habrían estado en condiciones de evitar realizar el tipo, sea de manera directa, a través de otro(s) o conjuntamente con otro(s); en el segundo caso, de haber aplicado el cuidado exigido, en cambio, solo habrían estado en condiciones de evitar favorecer su realización por parte de otro(s). En consecuencia, la pregunta acerca

de la potencial autoría de un sujeto en un injusto imprudente no puede quedar decidida en la mera infracción de una exigencia de cuidado, pues esto último solamente informa acerca de qué tendría que haber hecho un sujeto para resguardar sus capacidades de evitación, pero, en cambio, nada dice sobre la clase de acción (principal o accesoria) efectivamente ejecutada bajo dicho estado de inevitabilidad evitable.

Sobre la base de estas consideraciones, cabría preguntar si acaso existen “deberes de cuidado principales”, cuya infracción sí desempeñaría la función de limitar el círculo de posibles autores en un injusto imprudente, en contraste con “deberes de cuidado secundarios”, de cuya infracción solo podría derivarse una responsabilidad a título de participación.

A una hipótesis similar a la recién formulada podría llegarse a partir de los pioneros aportes de Stratenwerth, quien asociara el reconocimiento de ambas clases de deberes de cuidado con la idea de una separación de ámbitos de responsabilidad. En efecto, y aunque su propuesta no consistiera en defender un concepto diferenciado de interviniente en los delitos imprudentes, Stratenwerth advertía que también en ellos pueden distinguirse ámbitos de responsabilidad (primarios y secundarios), pues un sujeto no siempre pierde la “dominabilidad” —entendida como previsibilidad y evitabilidad— del curso de un suceso por el hecho de que luego intervenga otro. En ese caso, para el primero de ellos, todavía podría venir en consideración la infracción de “deberes de cuidado derivados” —análogos a las reglas de participación—, relacionados con el comportamiento contrario a cuidado ajeno, pero que podrían vincularlo de manera mediata con el resultado típico⁵⁵³. Asimismo, una lectura próxima de este problema, en donde el contenido del injusto imprudente y el concepto de autor aparecen íntimamente vinculados, se deja reconocer en la función fundadora de autoría de la noción de deber, bajo una comprensión de los delitos imprudentes precisamente como delitos de infracción de deber. Según lo sostenido en las dos primeras ediciones de su trabajo de habilitación, Roxin consideraba que el elemento personal que permite identificar al autor de un hecho imprudente dentro de la multitud de personas que pueden estar involucradas en el curso causal es siempre la infracción de un deber objetivo de cuidado⁵⁵⁴. Como consecuencia de lo anterior, de la importancia de la infracción de un deber (de cuidado) para la determinación del autor (en el delito imprudente), se seguiría al mismo tiempo el carácter constitutivo que dicha infracción tendría para la propia acción típica. Como se verá más adelante, esta tesis

⁵⁵³ Cfr. STRATENWERTH, *FS-Schmidt*, pp. 390 y ss. Regístrese que, para Stratenwerth, la identificación de semejantes “deberes de cuidado secundarios” no es una pregunta de previsibilidad, sino concerniente más bien al principio de autorresponsabilidad (*ibidem*, pp. 392 y s.). Esta precisión ha de ser suscrita, pues, por previsible que sea el comportamiento defectuoso de un tercero, la razón por la cual el “primer actuante” podría resultar, así y todo, eventualmente responsable, en definitiva, descansará en cómo el comportamiento del tercero se vincula con el propio. La previsibilidad, en cambio, solo es un criterio que permite calibrar en qué medida el establecimiento de dicha conexión resultaba evitable.

⁵⁵⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 527.

condujo a que Roxin caracterizara a la coautoría imprudente como la “lesión conjunta de un deber conjunto”⁵⁵⁵.

A pesar de la capacidad restrictiva que exhibe su plasticidad, la distinción entre deberes de cuidado “primarios” y “secundarios” resulta equívoca⁵⁵⁶. Y esa ambigüedad amenaza con retornar a la (aquí continuamente resistida) relación conceptual entre “deber de cuidado” y autoría, por la vía de sugerir que el contenido del primero tendría por vocación demarcar modalidades de intervención delictiva. Pero esto no parece ser así. Una medida de cuidado exhibe el significado de una acción auxiliar en tanto que permite a un sujeto resguardar sus capacidades respecto a la realización (o evitación de la realización) de un comportamiento posterior; por esto, exhibe el estatus de una acción previsor⁵⁵⁷. Que la falta de adopción de una tal medida de cuidado incapacite al agente de realizar una acción principal o auxiliar, en función de la clase de acción descrita en un tipo delictivo, corresponde a un asunto que no está —ni puede quedar— determinado por el contenido de aquella medida, pues, como ya se dijo, dependerá de lo que efectivamente ese sujeto haga bajo tales condiciones. Por ejemplo, en el contexto de una operación quirúrgica, a primera vista, un asistente de enfermería podría realizar contribuciones auxiliares, en parangón con las acciones de cirujanos y anestesistas, en los que, a su vez, parecieran recaer “deberes de cuidado principales”, por encontrarse situados en una posición más cercana a la de una posible lesión de bienes jurídicos ajenos. Basta simplemente imaginar que, a causa de una deficitaria esterilización del material empleado en la cirugía, se suscite una grave complicación durante el desarrollo de la operación, para advertir que el “deber de cuidado secundario” del asistente de enfermería podría poner a otros (inevitablemente) en condiciones de realizar un tipo delictivo, fundando así una base para su imputación a título propio (por ejemplo, vía autoría mediata). Y a la inversa, es posible que un sujeto infrinja lo que *prima facie* sería un “deber de cuidado principal”, y, sin embargo, bajo dicho estado de inevitabilidad evitable no realice ningún tipo delictivo. Considérese para ello este ejemplo: los ciclistas *A* y *B* se dirigen por una carretera con sus luces apagadas; *A* atropella a *C*, quien muere⁵⁵⁸. Tanto *A* como *B* habrían infringido la misma medida de cuidado, pero el hecho de que solamente *A* haya realizado un comportamiento típico, haría cuando menos pertinente controvertir la caracterización inicial del comportamiento de *B*, como contrario a un “deber de cuidado principal”. Con lo anterior quiere aquí

⁵⁵⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., p. 532. Al respecto, con más detalle, *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.1.

⁵⁵⁶ De otra opinión, HÄRING, *Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, 2005, pp. 118 y ss., quien precisamente recurre a la distinción entre la infracción de deberes de cuidado primarios y secundarios para diferenciar entre aportes constitutivos de autoría y de participación en los delitos imprudentes.

⁵⁵⁷ Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 64 y s.; EL MISMO, *REJ*, 22 (2015), pp. 23 y ss. Al respecto, VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita) pp. 332 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74, y *supra* Cap. Tercero, apdo. II.

⁵⁵⁸ Sobre este caso, véase *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.3.2.

enfatzarse que el carácter principal o auxiliar de una acción es siempre relativo a una descripción, y que, tratándose de la autoría, la que ha de imputarse a título propio es la que satisface la clase de acción descrita en el tipo.

En síntesis, la diferencia entre intervenciones principales y accesorias, en sus contornos esenciales, se plantea del mismo modo tanto para su aplicación al injusto imprudente como al doloso. En ambos casos responde a una necesidad común, que es independiente del específico criterio de imputación subjetiva operativo, a saber: dar cuenta de la distinta clase de vínculos objetivamente reconocibles en varios comportamientos entre sí, así como entre estos y el quebrantamiento de la norma que se les imputa⁵⁵⁹.

4. Estatus adscriptivo de la imprudencia y relectura de su disciplina incriminatoria cerrada

Desde una clasificación estándar sobre la disciplina incriminatoria de la imprudencia, suele distinguirse entre sistemas legales abiertos (*numerus apertus*) y cerrados (*numerus clausus*). Los primeros se caracterizan por castigar hechos a título de imprudencia a partir del empleo de cláusulas genéricas sin discriminar entre concretos tipos de delito, mientras que los segundos, por el contrario, restringen su castigo a determinadas clases de hechos, que han de estar señalados expresamente. La mayoría de las legislaciones actuales acogen un régimen cerrado de incriminación de la imprudencia, como, por ejemplo, el artículo 12 del CPE; el artículo 10 N° 13 del CPCh; y el § 15 del StGB. En relación con lo anterior, pero desde un plano teórico, se distinguen dos formas de concebir la imprudencia: como crimen de culpa (*crimen culpae*) o como crímenes culposos (*crimina culposa*). Bajo una concepción de *crimen culpae* la infracción de un “deber general de cuidado” o de un “deber general de diligencia” opera como objeto de imputación, ya que es la culpa como tal —y no el “hecho culposo”— lo que constituye un delito; como *crimina culposa*, en cambio, la infracción de los respectivos estándares de cuidado opera como criterio de imputación respecto de una pluralidad de objetos especificados en la Parte especial, en cualquier caso, cuantitativamente más acotada en comparación con el dolo.

Una razón adicional para favorecer la comprensión de la imprudencia como un criterio de evitabilidad no integrado en el objeto de imputación descansa en el carácter parasitario que exhibe la noción de cuidado. Desde una ética de las virtudes o desde un sistema deontológico que hiciera del hecho de “ser cuidadoso” o del “deber de obrar conforme a cuidado” *per se* algo valioso, podría llegar a justificarse axiológicamente la impronta

⁵⁵⁹ Cfr. WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 120, 126 y s., según quien un presupuesto para la delimitación de las formas de participación es que entre los intervinientes exista una determinada relación; precisamente esto dota de sentido la pregunta acerca de si alguien —bajo la terminología utilizada por Walther— ha (co)creado un peligro como autor o solo como partícipe.

subyacente al *crimen culpae*. Pero resultaría altamente controvertido que las actitudes reactivas encausadas a través de un sistema sancionador, heterónimo y externo, como el Derecho penal, sea compatible con aquellos lineamientos. El mencionado carácter parasitario del cuidado exigible remite a la importancia del objeto de preocupación (bienes jurídicos cuya ofensa se castiga en los respectivos tipos de la Parte especial), que no permite hacer de dicha preocupación un objeto autónomo de importancia⁵⁶⁰.

A pesar de que un sistema de *numerus apertus* parezca avenirse mejor con una comprensión de la imprudencia como *crimen culpae*, y que, a la inversa, una incriminación cerrada favorezca la adhesión a un *crimina culposa*, tales relaciones no son conceptualmente necesarias. Un claro y próximo ejemplo de ello es que, aun al socaire del anterior CPE, que incluía cláusulas generales de punición de la imprudencia, la opinión ampliamente dominante consideraba que bajo dicha regulación no se recogía ningún *crimen culpae*. Y en Chile ocurre algo similar, en donde el artículo 492 del CPCh aún prevé una apertura genérica respecto de cierto grupo de delitos (crímenes y simples delitos contra las personas). Por otro lado, si bien un sistema de incriminación cerrada solo parece compatible con la concepción de determinados *crimina culposa*, ello no es en absoluto incompatible con que la implementación de dicho *numerus clausus* tenga lugar a través de disposiciones generales que remiten específicamente a ciertos tipos de delito (por ejemplo, los artículos 331 y 334 del CPE, o el artículo 317 del CPCh).

¿Cómo podrían afectar tales categorías al sistema de intervención delictiva? Al respecto, la primera prevención que cabría formular es que bajo la dinámica de un régimen de *crimen culpae*, dado que la infracción del “deber general de cuidado” aparece como objeto —y no como criterio— de imputación, cualquier instancia de quebrantamiento constituiría una acción principal, en principio, susceptible de ser imputada a cada infractor a título propio bajo la condición de autor⁵⁶¹. Sin embargo, si se toma como referencia al CPE⁵⁶², que consagra un sistema de *numerus clausus* del que se deja desprender solamente la admisión de respectivos *crimina culposa*, las conclusiones tendrían que ser distintas. En efecto, la remisión que para efectos punitivos el artículo 12 del CPE hace solo a los casos expresamente dispuestos por la ley determina que las “acciones u omisiones imprudentes” no cubiertas por una disposición expresa no constituyan hechos

⁵⁶⁰ La base del razonamiento se toma de FRANKFURT, *The importance of what we care about*, pp. 91 y ss.

⁵⁶¹ Como dato histórico, cabe registrar que el artículo 12 del CPE de 1822, que distinguía entre “delitos” y “culpas”, reguló expresamente la participación en estas últimas. Tal artículo rezaba: “[s]on delincuentes o culpables, sujetos a la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito o de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores, y los receptadores y encubridores”. El precepto muestra que, a pesar de regularse un *crimen culpae*, también podría tener sentido distinguir autores y partícipes, pues de esta forma la responsabilidad de los últimos podría resultar accesoria.

⁵⁶² En lo esencial, las disquisiciones teóricas que siguen resultan extrapolables a otras legislaciones que consagran un régimen de *numerus clausus* de punición de la imprudencia y a la vez un sistema diferenciador de intervención, como también ocurre, según se ha señalado, en Chile y, con matices, en Alemania.

punibles. De ello se sigue que, cumpliéndose la condición de su previsión expresa, la imprudencia aparezca de forma discontinua como una modalidad de imputación subjetiva alternativa —y subsidiaria— respecto de una imputación dolosa, que, *a contrario sensu*, rige por defecto para todo tipo delictivo⁵⁶³. Y es bajo semejante comprensión de un *crimina culposa* que se torna reconocible el carácter irreductiblemente adscriptivo de la imprudencia; pues, así entendida, esta no forma parte de la clase de acción típica, sino que se predica de instancias concretas de realización de un tipo delictivo⁵⁶⁴, solo desde cuyo carácter subjetivamente neutro, dicho sea de paso, podría quedar justificada la técnica de remitir al “correspondiente” delito doloso. Ahora bien, qué consecuencias concretas comporta dicho sistema de incriminación de cara a la vigencia de un sistema unitario o dualista de intervención en el injusto imprudente depende del significado y alcance que se asigne a la regla contemplada en el artículo 12 del CPE y, en conexión con ella, de qué modo sean concebidos los preceptos relativos a la intervención delictiva.

Para ello, primeramente, cabe poner en relación el artículo 12 del CPE con lo expresado en su artículo 10, pero de una forma tal que el primero no resulte superfluo ni una tautología a partir de lo que dispone el segundo⁵⁶⁵. Ello es necesario no solo por aplicación del principio de eficacia, como precipitado del método teleológico, sino también porque no es evidente que las categorías técnicas implicadas sean exactamente las mismas. Pues bien, el artículo 10 del CPE contiene una definición legal de delito y a la vez una consagración del principio de reserva legal: “[s]on delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. A primera vista, pareciera ser que se está utilizando lo que clásicamente se ha llamado una “definición pleonástica” de delito⁵⁶⁶, es decir, una que introduce ya en el concepto de hecho delictivo una referencia a su consecuencia: la pena. A pesar de su arraigada extensión, esta clase de definiciones son altamente problemáticas en términos lógicos, pues no permiten distinguir entre, por un lado, los presupuestos de cuya satisfacción depende la significación delictiva de un hecho, y, por el otro, aquellos de los cuales depende la punibilidad de ese mismo hecho. Con ello, tales definiciones tampoco alcanzan a dar cuenta de que el delito es un presupuesto

⁵⁶³ Contradiría el artículo 10 del CPE, en cambio, sostener que de una lectura *a contrario sensu* del artículo 12 se desprende que las acciones y omisiones dolosas no necesitan estar previstas en la ley.

⁵⁶⁴ Es *por esta* razón que, como dice ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 241, no hay ningún *crimen culpa*, sino solo *crimina culposa*.

⁵⁶⁵ De otra opinión, ROBLES PLANAS, *RDPC*, 6 (2000), p. 235.

⁵⁶⁶ Al respecto, MAYER, M.E., *PG*, p. 16, nota 29, quien precisamente por esto no definió el delito en tanto que hecho punible. De ahí también que, ya antes, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 5 y ss., tomara el recaudo de hablar de “delito en sentido amplio”, para referirse a una acción punible, y aconsejara, para precisar internamente el delito, remover de su definición la tautología “amenazado de pena”, aunque él mismo prefiriera finalmente mantener —a diferencia de M. E. Mayer— al menos una referencia, si no a la consecuencia, a las condiciones bajo las cuales tiene lugar la consecuencia (cfr. *ibidem*, p. 7).

para hablar de hecho punible⁵⁶⁷. Pero el que aquí se comenta no es necesariamente un ejemplo de recepción de dicha clase de definición, pues en lugar de simplemente adosar el carácter “punible” a las acciones constitutivas de delito, el artículo 10 del CPE ha priorizado estipular la fuente formal en la que ha de consagrarse todo hecho que cuente como tal, en tanto que manifestación del principio de legalidad. En cambio, el artículo 12 del CPE seguidamente añade una restricción específica, relativa solo a la punibilidad de las acciones y omisiones imprudentes, las cuales “sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. La literalidad del texto confirma que la condición de imprudente de la respectiva acción u omisión, en efecto, sería (al menos lógicamente) independiente del hecho de que en definitiva aparezca expresamente castigada como tal. De esto último, como del contenido subjetivamente neutro de la amplia mayoría de comportamientos prohibidos en el catálogo de la Parte especial, cabe desprender que, si no hubiese existido un precepto como el actual artículo 12 del CPE, entonces podrían haberse castigado todas las acciones y omisiones respecto de las cuales una imputación a título de imprudencia sea conceptualmente posible. Frente a esta posibilidad conceptual, el sistema de *numerus clausus* introducido en dicho precepto precisamente cierra la vía. Lo hace por razones que, correctamente, suelen reconducirse al *minus* de injusto que representan los hechos imprudentes, pero que también se asocian con la mayor certeza que este sistema ofrece sobre la clase de hechos respecto de los cuales se tiene por jurídicamente posible dicha modalidad de imputación subjetiva⁵⁶⁸, en contraste con la discrecionalidad judicial a la que queda librado este asunto bajo un sistema de incriminación abierta⁵⁶⁹.

Dicho esto, puede ahora centrarse la atención en la extensión de la cláusula “acciones u omisiones imprudentes” del artículo 12 del CPE. La primera posibilidad interpretativa es sostener que ella rige tanto para las categorías de la Parte especial como de la Parte general. Desde dicha óptica, y dado que en los artículos 27 y siguientes, relativos a las formas de autoría y participación, no se hace referencia alguna a acciones u omisiones imprudentes, cabría entender que tales reglas únicamente serían aplicables para hechos

⁵⁶⁷ Fundamental, BINDING, *Die Normen*, t. I, p. 196, distinguiendo entre las que él llamara características de la antinormatividad, que definen a una acción como infracción (según Binding, imputable) de una determinada norma, y las características de la punibilidad, o sea, aquellas mediante las cuales el legislador decide su impunidad o punibilidad, y en este último caso, también su graduación. El reconocimiento de los distintos planos discursivos implicados debiese neutralizar la perplejidad inicial que podría despertar la posibilidad de que, como señala MAÑALICH, *RD*, 1 (2011), p. 93, “todo hecho punible tiene como base un correspondiente hecho delictivo, pero no todo hecho delictivo llega a constituir un hecho punible”.

⁵⁶⁸ Nótese que por “jurídicamente” posible no se está aludiendo aquí a que su imputación esté justificada en términos axiológicos, sino más bien al hecho de que en un régimen de *numerus clausus* es el legislador el que toma la decisión acerca de cuándo esta se ofrece como una posibilidad. Acerca de la discusión entre posibilidad conceptual y posibilidad jurídica de la imprudencia en el contexto de la regulación anterior, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP* (1972), pp. 55 y 58.

⁵⁶⁹ Para tales argumentos, véase CORCOY BIDASOLO, «Delincuencia imprudente y Código penal de 1995», pp. 5 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 11/4; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, pp. 35 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Cinco cuestiones*, pp. 86 y ss., 93.

dolosos. A partir de los preceptos de la Parte especial, solo sería concebible la autoría directa en delitos imprudentes. Una segunda opción, que también parte desde la base de que el artículo 12 se extiende a las reglas de autoría y participación, permitiría admitir, sin embargo, la posibilidad de una autoría mediata y coautoría imprudentes⁵⁷⁰. La razón de ello reside en el carácter declarativo que —de acuerdo con un sector doctrinal— cumpliría el artículo 28 del CPE respecto de tales modalidades de autoría, que, de no haber sido mencionadas en dicho precepto, de igual modo habrían podido desprenderse directamente de los tipos de la Parte especial. Por el contrario, no podría afirmarse lo mismo para los llamados “tipos de participación”, con lo cual —según esta segunda alternativa interpretativa— la falta de previsión expresa de una modalidad imprudente sí que determinaría su atipicidad en el CPE. Esta opinión probablemente sigue siendo dominante en España⁵⁷¹. Una tercera posibilidad es limitar el ámbito de aplicación del artículo 12 al catálogo de delitos de la Parte especial, con lo cual devienen perfectamente plausibles no solo la coautoría y autoría mediata imprudentes, sino también las formas de participación por imprudencia o de participación en un injusto imprudente⁵⁷².

En consonancia con la última de las tesis mencionadas, la que aquí se defiende reza como sigue: la expresión “acciones u omisiones imprudentes” ha de ser comprendida en correspondencia con cierta clase de acciones y omisiones especificadas en tipos de la Parte especial, cuya instanciación es susceptible de imputar a título de imprudencia, bajo la condición de que así lo prevea la ley. En consecuencia, el artículo 12 no “constituye tipicidad”, sino que regula la incriminación de comportamientos prohibidos o requeridos que existen con independencia suya, por la vía de introducir una cláusula que supedita la operatividad de la imprudencia, como criterio de imputación, a la condición de que la respectiva norma de sanción así lo establezca.

⁵⁷⁰ Así, por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente*, pp. 108 y ss.

⁵⁷¹ Aquí se encuentran quienes consideran que la participación imprudente ha de resultar impune en el CPE, sea por atípica, sea por razones político-criminales. Al respecto, véase LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/43; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), pp. 38 y s.; JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia*, p. 124; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 414 y ss.

⁵⁷² Defendiendo la tesis de que el artículo 12 solo se aplica a preceptos de la Parte especial, FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, 62 (1997), pp. 312 y s., 321 y s., 329, quien añade el argumento de que, si el artículo 11 fuese una causa de extensión de la punibilidad, la comisión por omisión quedaría desterrada del ámbito de la imprudencia. Así también DÍEZ RIPOLLÉS, *Estudios*, 3ª ed., p. 714, sobre la base de que el artículo 28 contiene una definición legal de autor, y que, por ello, la opinión contraria, asume un presupuesto jurídico-positivo que, en la regulación actual, ya no procede: “el de que el concepto de autor se obtiene directamente de los tipos de la Parte especial”. Cfr. CORCOY BIDASOLO, «Delincuencia imprudente y Código penal de 1995», p. 5: “(...) los delitos imprudentes constituyen tipos autónomos previstos en distintos preceptos de la Parte Especial a los que están dirigidos los preceptos de la Parte General donde se prevén las formas de autoría y participación”. En el marco del CPE, admiten también el castigo de la participación imprudente, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, pp. 251 y ss.; ROBLES PLANAS, *RDPC*, 6 (2000), pp. 234 y ss.

Como se ha señalado, la aplicación de una norma de sanción reconoce como presupuesto el quebrantamiento de una norma de comportamiento, sin embargo, para que la pena, por la intensidad que reviste, aparezca como una respuesta justa y proporcionada de cara a dicho suceso, es también necesario que la aplicación de la norma de sanción se encuentre mediada por reglas de imputación que racionalicen su empleo⁵⁷³. En este sentido, lo que hace el artículo 12 puede interpretarse sin mayores dificultades como una decisión que, por defecto, excluye la imputación subjetiva por imprudencia para todo caso en que dicha alternativa no se haya previsto expresamente en la correspondiente norma de sanción. Se trata de una decisión que descansa en el hecho de que es perfectamente plausible distinguir las condiciones de cuya satisfacción depende tanto la antinormatividad de un comportamiento, como la imputabilidad (en sentido amplio) del quebrantamiento de una norma, por un lado, de aquellos otros factores que condicionan su punibilidad, con arreglo a la satisfacción de los presupuestos de la respectiva norma secundaria, por el otro⁵⁷⁴.

Pero junto con lo anterior, que la regla del *numerus clausus* se aplique a los preceptos de la Parte especial, y no a las reglas de imputación de la Parte general, obedece al hecho de que la imprudencia constituye una categoría adscriptiva y, por ende, solo puede predicarse respecto de tipos penales en sentido estricto. Como se señaló al inicio de esta investigación, las reglas de imputación previstas en la Parte general se caracterizan por estar referidas a normas de comportamiento sin las cuales las primeras no se comprenden lógicamente. Dicho estatus adscriptivo, del que participan tanto los criterios de imputación subjetiva como las modalidades de intervención delictiva, determina que ellas sean “materialmente ciegas”⁵⁷⁵. Con dicha ceguera material no se está significando que tales categorías estén desvinculadas de las normas de comportamiento —al contrario: su función consiste en fijar condiciones para imputar el quebrantamiento de tales normas—, con ello más bien se alude a que el contenido de aquellas reglas de imputación no está referido ni determinado por bienes jurídicos en concreto. Esta capacidad de abstracción

⁵⁷³ En ese sentido, MAÑALICH, *Nötigung*, p. 37 nota 72, con la advertencia de que el nexo entre las reglas de imputación y la norma de sanción no significa que ambas categorías sean recíprocamente intercambiables. El punto es relevante ya que la ausencia de una norma de sanción no tiene por qué hablar acerca de la incompatibilidad de ese criterio de imputación subjetiva con la norma de comportamiento cuya infracción podría haber sido castigada jurídico-penalmente, de haberse previsto tal norma de sanción. Por ejemplo, que no se sancione penalmente una omisión de socorro por imprudencia no es óbice para que esta, en efecto, sea perfectamente concebible, hasta el punto de que un cambio en las valoraciones sociales y/o consideraciones político-criminales que, hasta el momento, han hecho de ella un comportamiento *no punible*, puedan eventualmente revertirse.

⁵⁷⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2ª ed., pp. 581 y s., quien agrega: “una cosa —más amplia— es lo que el Derecho penal pretende evitar y otra —menos amplia— es lo que está dispuesto a castigar”.

⁵⁷⁵ Fundamental, FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil*, pp. 26 y s. Ahora bien, como el propio Fincke advierte, el criterio de distinción no está dado por algo relativamente contingente, como es el lugar de emplazamiento de tales reglas (de imputación), sino más bien por su formalidad: no tienen un contenido material propio. Así lo entendiera también FRANZHEIM, *Die Teilnahme*, pp. 55 y s., en el sentido de que las normas de la Parte general no protegen ningún bien jurídico, y, sin embargo, precisamente en ello radica su esencia: en establecer reglas que rigen para todos los tipos penales de la Parte especial. Al respecto, cfr. *supra* Cap. Primero, apdo. I.1.

formal posibilita una regulación general de las modalidades de autoría y de participación, revistiendo implicancias inmediatas de cara al problema que aquí interesa, pues, en sentido estricto, no existen “tipos de autoría” ni “tipos de participación”⁵⁷⁶. Por todo esto, en definitiva, la expresión “hecho”, empleada en el artículo 28, ha de ser comprendida en términos indiferenciados, esto es, como cualquier comportamiento que satisface la descripción de un tipo de la Parte especial, con independencia de que, contingentemente, se encuentren disponibles dos normas de sanción distintas, según si está prevista o no expresamente su imputación a título de imprudencia.

Ahora bien, el carácter constitutivo de la punibilidad que revisten la coautoría, la autoría mediata y las formas de participación no obsta a una eventual imputación a título de imprudencia. El artículo 12 excluye la punibilidad de acciones u omisiones imprudentes no dispuestas expresamente por la ley, pero de ello no se sigue en modo alguno que la punibilidad que, en el contexto regulatorio de un *numerus clausus*, el legislador abre a través de específicas normas de sanción tenga que comportar el cierre de la punibilidad generalmente instituida por los artículos 28 y 29 respecto de las variantes de autoría y de participación. Bajo la tesis de la dependencia pragmática antes propuesta: la imprudencia, en tanto que criterio de imputación subjetiva, cualifica el comportamiento que es objeto de imputación, y es dicho objeto, así cualificado, en tanto que injusto jurídico-penal, el que —satisfaciéndose los requisitos de la respectiva modalidad de intervención— resulta imputable *qua* infracción de deber (imprudente) a título de autoría o de participación.

Tras estas observaciones, cabe preguntar: ¿se incurriría en una infracción al *nullum poena sine lege* de castigarse, por ejemplo, un homicidio imprudente a título de autoría mediata? Según el esquema desarrollado, no. Justamente porque las reglas de imputación subjetiva se refieren a comportamientos que satisfacen la descripción de una clase de acción prohibida —no a otra especie de reglas—, puede imputarse, dicho genéricamente, un “homicidio imprudente” a título de autoría mediata, sin que ello afecte el principio de legalidad. Pues de lo que se trataría, en sentido estricto, es de un homicidio imputable subjetivamente a imprudencia y, además, a título de autoría mediata. La primera operación halla sustento legal en el artículo 142 del CPE, mientras que la segunda, en el artículo 28.

En síntesis, la diferencia entre antinormatividad e imprudencia (como criterio de imputación) queda reforzada a la luz de un régimen de *crimina culposa*, pues este constituye una declaración formal en orden a que el universo de lo prohibido —que no de lo punible— existe con independencia del título de imputación subjetiva. Una vez

⁵⁷⁶ Al respecto supra Cap. Segundo, apdo. II.2.2.2.

asumido que la introducción de una disciplina legal como la descrita no amplía el campo de la antinormatividad, por añadidura, debe admitirse igualmente que tampoco tendrá la función de restringirla; más bien, solo indica que, para los tipos de delito respecto de los cuales no se encuentre prevista la imprudencia como criterio de imputación subjetiva, se ha decidido prescindir de ella en el marco configurativo de las respectivas normas de sanción. Ello tiene una consecuencia gravitante para el ámbito de la intervención: puesto que los tipos delictivos son subjetivamente neutros, aun de asumirse la tesis según la cual los preceptos relativos a las modalidades de intervención delictiva constituyen auténticas normas de comportamiento —y no, como aquí, reglas de imputación—, lo que, con relación a la imprudencia, tendría lugar en la Parte especial no es una ampliación del ámbito de lo prohibido, sino del de lo punible. Pues aquello que un régimen de *numerus clausus* se propone clausurar es el castigo de las acciones u omisiones *imprudentes*.

5. Sobre la necesidad de distinguir entre autor y partícipe en el injusto imprudente

Verificada la ausencia de razones para que *de lege lata* se descarte de antemano, con el alegato de una suerte de “imposibilidad jurídica”, la distinción entre autoría y participación en un injusto imprudente, con apoyo en las consideraciones recién formuladas, corresponde insistir en que tampoco existen razones teóricas suficientes para que dicha diferenciación deje de reclamar pertinencia.

Como ya se registró, invocando el argumento de la “identidad de tipo objetivo”, un amplio sector doctrinal, favorable a un sistema diferenciador, procede con arreglo a la idea siguiente: independientemente del criterio de imputación subjetiva que en concreto resulte aplicable, la norma de comportamiento quebrantada es la misma. Formulado como tal, sin embargo, el argumento solo revestiría carácter concluyente desde los presupuestos de una teoría objetivo-formal ortodoxa que identifica autoría y tipicidad. Además, el argumento de la “identidad de tipo objetivo” comporta un compromiso teórico en favor de la supuesta prioridad de análisis que detentaría la averiguación de una relación de autoría respecto de una (en tal medida) *eventual* relación de imputación subjetiva. Esta posibilidad, que invita a discurrir en torno de autores de un suceso sin una relación agencial previamente establecida, también ha de ser resistida, en la medida en que las modalidades de intervención delictiva están referidas a sujetos que obran como agentes, y no únicamente como meros causantes. De ahí que, en atención a estas prevenciones, el argumento arriba enunciado pueda ser reformulado del siguiente modo: siendo efectivo que, desde un plano normológico, el comportamiento que es objeto de una eventual imputación a dolo o a imprudencia resulta objetivamente idéntico, lo que posibilita hablar *formalmente* de un concepto “único” de autor, común al injusto doloso e imprudente, descansa en que, en cada caso, se tratará de la imputación *a título propio* de una infracción

de deber (dolosa o imprudente); mientras que al partícipe, por contraste, se le imputará como ajena, pero en virtud de un comportamiento propio⁵⁷⁷.

Lo anterior supone una toma de distancia con la opción metodológica (especialmente adoptada por las teorías objetivo-materiales) consistente en construir un concepto de autor distinto para el injusto imprudente. En esta última línea se sitúan categorías como la “dominabilidad”, “dirigibilidad”, o “el dominio potencial”, entre otras variantes del dominio del hecho, y que se proponen cohonstar la concepción de autoría dominante en la dogmática actual con el injusto imprudente. Al margen de si acaso tales concepciones no representan en realidad un criterio distinto, y no solo una variante del dominio del hecho⁵⁷⁸, interesa aquí advertir que la construcción de un concepto de autor *en función* de las características del respectivo criterio de imputación subjetiva probablemente no ofrecerá más información de la que ya suministran el dolo y la imprudencia, como criterios de evitabilidad. Por otro lado, proceder con arreglo a un concepto *ad hoc* de autoría para el injusto imprudente supone asumir la tarea de “trasladar” las formas de autoría y participación previstas en un sistema diferenciador, que así serían tratadas como originalmente concebidas para la intervención en hechos dolosos⁵⁷⁹.

Efectuadas estas precisiones, puede avanzarse ahora a la pregunta acerca de si aquellas razones que a nivel general hablan en favor de un sistema diferenciador revisten el mismo poder de convicción tratándose de hechos imputables a imprudencia⁵⁸⁰. Desde ya, dicho interrogante puede responderse en forma afirmativa. En efecto, la principal grieta que —

⁵⁷⁷ Una concepción unificadora de intervención en hechos imprudentes tendría que asumir la tarea de justificar en qué medida es posible y conveniente establecer un régimen de intervención distinto para esa clase de hechos. La tesis según la cual todo comportamiento que, de manera contraria a cuidado o superando el riesgo permitido, ha co-causado el resultado es susceptible de fundar autoría en hechos imprudentes da por sentado justamente aquello que debe mostrar: la identidad entre la infracción de un deber de cuidado y la autoría. Cfr. RENZIKOWSKI, «Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen», *HRRS*, 8-9 (2009), p. 350.

⁵⁷⁸ Al proponerse “acercar” el concepto de autor del injusto imprudente al dominio del hecho, las fórmulas enunciadas incurren en una estrategia similar a las concepciones de la imprudencia como dolo de peligro, pues se trata de encontrar un criterio unificador, que podría manifestarse de forma acentuada en un caso, y debilitada en el otro. El problema, sin embargo, es que dicha forma de proceder relativiza tanto el hecho de que el o los sujetos a quienes se imputa un hecho a título de imprudencia *no* han podido evitar la realización del tipo, así como el hecho de que *sí* habrían podido resguardar sus capacidades de evitación. Si los criterios del dominio del hecho y de la dominabilidad —por enunciar una de las varias fórmulas propuestas en doctrina— son construidos en función del dolo y de la imprudencia, respectivamente, entre ellos no podría existir una línea continua, pues el primero razonaría desde la perspectiva fáctica de lo que uno o más sujetos efectivamente habrían dominado; mientras que la dominabilidad, por ser eminentemente normativa, lo haría desde el prisma de lo que uno o más sujetos pudieron y debieron dominar (sin haberlo hecho). A este último respecto, véanse las observaciones de CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, pp. 213 y ss. Sobre la difícil compatibilidad entre el dominio del hecho y el delito imprudente, ya PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 370 y ss., 400 y s.

⁵⁷⁹ Por ejemplo, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 708, plantea el problema como una pregunta acerca de la posibilidad de trasladar a los delitos imprudentes el concepto restrictivo de autor vigente en el ámbito del dolo.

⁵⁸⁰ Al respecto, a nivel general, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.1.2.

según se estima aquí— afecta a los sistemas unitarios (en sus distintas manifestaciones), y que, por contraste, justifica la distinción entre aportaciones fundamentadoras de autoría y de participación —a saber, la de que aquellos sistemas se construyen desde una comprensión deficitaria del principio de autorresponsabilidad— denota una falencia que opera del mismo modo, independientemente de que se trate de aplicar un sistema unitario de intervención a hechos dolosos o imprudentes. En cualquiera de ambos casos, resulta imprescindible que el objeto de imputación sea atribuido a un sujeto exclusivamente en función de la *base* que para tales efectos suministra su propio comportamiento. Un sistema unificador, por el contrario, concede una fundamentación homogénea a la imputación de los distintos comportamientos allí donde no siempre la hay.

De lo anterior se sigue que, al menos en principio, los modelos diferenciadores se encuentren mejor posicionados de cara a la satisfacción de los requerimientos impuestos por los principios de lesividad y de proporcionalidad, en tanto que el vínculo normativo que se establece entre una acción principal y el objeto de imputación es, evidentemente, diverso del que puede predicarse con una acción de favorecimiento. Dicho diagnóstico no resulta alterado por que se trate ahora de hechos imputables a imprudencia; si lo resultara, por el contrario, supondría una distorsión sistemática y axiológica que no tendría justificación en el contexto de regulaciones que, al distinguir entre autores y partícipes, no hacen referencia alguna a la modalidad de imputación subjetiva.

Finalmente, cabe registrar que la renuncia al principio de accesoriedad en el ámbito de la imprudencia podría venir agravada por una serie de dificultades adicionales. En general, dicha renuncia determina que, lo que para un sistema y una concepción diferenciadores fundamentaría solo una imputación a título de participación, en el unitario o monista sirva de base para atribuir autoría, como única modalidad de intervención posible. Tratándose de favorecimientos imprudentes, la anomalía se agudizaría por el hecho de que a un sujeto podría imputársele como propia la realización de un tipo de delito a partir de un comportamiento concreto ejecutado por otro, y que, por tal razón, le ha resultado más difícil de prever y, por ende, de evitar. Quien ignora que su comportamiento contrario a cuidado podría poner a otro en posición de realizar un comportamiento que satisfará la descripción de un tipo, evidentemente, se halla en una situación más desfavorable de cara a su previsión, ya que ha de contar, además, con lo que un tercero podría ejecutar bajo dicha posición.

Lo anterior permite identificar la tensión existente entre las concepciones unificadoras, que en los delitos imprudentes ven en el “sujeto de atrás” en todo caso a un autor, y un retorno al llamado *versari in re illicita*, pues bastaría con que un sujeto infrinja cierta exigencia de cuidado para que se haga responsable de todo el suceso resultante, aun

cuando este último, en su efectiva configuración, solo se deje explicar totalmente a partir del comportamiento de otro u otros. Frente al diagnóstico anterior, no acabaría de convencer la tesis según la cual en el tráfico existen ciertos deberes de cuidado cuyo objeto justamente sería asegurar el comportamiento cuidadoso de terceros⁵⁸¹, pues, más allá del hecho de que difícilmente, a partir de ciertas reglas específicas, podrían extraerse conclusiones generales acerca del sistema de intervención delictiva, en realidad, lo que tales preceptos acaban confirmando es justamente la necesidad de efectuar una distinción entre acciones principales y auxiliares para que ellos devengan operativos⁵⁸². Por lo demás, aun cuando se admitiera que tales preceptos habilitan una imputación a título de autoría, la constitución del injusto imprudente seguiría siendo problemática: bajo dicho esquema, no puede establecerse apropiadamente un *nexo de imputación* entre un sujeto cuyo comportamiento favorece el hecho imprudente de otro y la realización del respectivo tipo, pues, aunque el primero de ellos hubiese adoptado el cuidado exigible, ello no lo habría puesto en una posición *inmediata* para evitar la realización del tipo.

Por último, la ausencia de una relación de accesoriedad interna plantea conocidos problemas en el ámbito de la participación imprudente en el suicidio y, especialmente, en actuaciones ajenas a propio riesgo⁵⁸³. En caso de existir tipos autónomos que castiguen la inducción o auxilio al suicidio —como, por ejemplo, los artículos 143 CPE y 393 del CPCh—, y de que en sus respectivas normas de sanción no esté previsto el castigo de sus modalidades imprudentes, la defensa de un sistema unitario podría conducir a la conclusión contraintuitiva de que tales sujetos podrían ser autores de un homicidio imprudente⁵⁸⁴. Tratándose de actos de participación imprudente en actuaciones a propio riesgo puede presentarse el mismo problema, con la diferencia de que la ausencia de tipos

⁵⁸¹ Así, PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13 ff/179, para quien ciertos deberes de cuidado tendrían por objeto exclusivo no generar la oportunidad para que un tercero realice ciertos comportamientos peligrosos, o no estimularlo a ello. Entre otros ejemplos, Puppe menciona el de la normativa administrativa que impone deberes al propietario de un arma de fuego, sosteniendo que, si este la dejase cargada y sin vigilancia, y luego, utilizándola descuidadamente, un inexperto en su manejo lesionara a un tercero, el propietario del arma difícilmente sería oído si intentara excusarse diciendo que la complicidad en el hecho imprudente de otro es impune en Alemania. De lo anterior, Puppe desprende que el castigo a título de imprudencia no se limita a quienes causan de manera inmediata la lesión de bienes jurídicos, pues dicha restricción sería incompatible con el sentido de tales deberes de cuidado. Cfr. SCHNEIDER, A. «„The Fast and the Furious“» *ZJS*, 4 (2013), p. 369, según quien sería contradictorio que el legislador creara normas que tienen por objeto prohibir la influencia en el comportamiento contrario a deber de terceros, y que, sin embargo, luego no fuese posible la imputación de ese comportamiento contrario a deber. En el mismo sentido, véase FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 10/14; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 727-729.

⁵⁸² En el contexto de una regulación en la que la participación imprudente es impune, solo quedaría la posibilidad de imputar comportamientos ajenos (contrarios a cuidado) *como propios* con arreglo a la estructura y requisitos de la autoría mediata.

⁵⁸³ Como advierte RENZIKOWSKI, *HRRS*, 8-9 (2009), p. 348: sobre la base de un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes no es plausible la diferencia entre auto y heteropuesta en peligro. Acerca de las dificultades que a este respecto enfrentan los sistemas unitarios, véase también MAIWALD, *FS-Bockelmann*, p. 362; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, pp. 238 y s.

⁵⁸⁴ Como acertadamente advierte REYES ROMERO, *En Letra: Derecho penal*, 10 (2020), p. 126, esa solución pasaría por alto la libertad de disposición del propio titular del bien jurídico.

específicos en la Parte especial obligaría aquí a trabajar de acuerdo con las reglas generales, por lo que exhibe mayor importancia aun la determinación precisa del sistema de intervención aplicable al injusto imprudente. Ilustrado con un ejemplo: de manera despreocupada, A deja las llaves de su automóvil a B, a pesar del evidente estado de ebriedad de este último; minutos después, B colisiona contra un árbol, muriendo a raíz del accidente. Llevada a sus últimas consecuencias, una concepción unificadora tendría que imputar a A, bajo la condición de autor, un homicidio a título de imprudencia. De modo frecuente, los partidarios de un sistema unitario intentan evitar dicha conclusión con el argumento de que no puede castigarse a título imprudente un comportamiento que, de haberse realizado dolosamente, tampoco sería punible. Por ejemplo, que, en nuestro caso, sería impune incluso si A hubiese previsto la posibilidad de que B se estrellaría contra un árbol. Pero entonces cabría reparar en que una imputación a título de dolo en nada alteraría el estatus *auxiliar* de ese comportamiento, siendo la falta de un hecho principal lo que precisamente determina su impunidad⁵⁸⁵. En cambio, desde la óptica de un modelo diferenciador, el comportamiento de A representaría, desde un inicio, un acto de favorecimiento a un hecho principal que no quebranta ninguna norma de comportamiento. Pues, aun bajo las concepciones menos exigentes del principio de accesoriadad, en su faz interna, el castigo de una acción auxiliar requiere cuando menos una potencial o efectiva instancia de realización típica por parte de otro⁵⁸⁶.

III. Balance de la *Primera Parte de la investigación*

La distinción entre norma de comportamiento y regla de imputación tiene la utilidad fundamental de permitir, a su vez, diferenciar con nitidez dos clases de preguntas que suelen ser tratadas de manera unitaria, tanto en el ámbito de la intervención delictiva, como en el de la imprudencia. Por el contrario, aquí se ha insistido en la necesidad de separar las preguntas acerca de *qué* es aquello que podría imputarse a uno o más sujetos, de lo concerniente al *cómo* y *por qué* podría tener lugar dicha imputación.

En el ámbito de la intervención delictiva, especialmente una vez que se favorece una concepción diferenciadora de interviniente, es conveniente distinguir entre el objeto y la base de la respectiva imputación. Solo a propósito de la autoría individual directa tiende a coincidir —y no en todos los casos— la pregunta acerca de qué ha hecho un sujeto y su

⁵⁸⁵ Por esto suele señalarse que, al esgrimir aquel argumento *ad minus ad maiore*, que gira en torno de la distinción entre autoría y participación, los defensores de un sistema unitario estarían incurriendo en una contradicción. Detalladamente al respecto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 197 y ss.

⁵⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 14/47: “quien induce a otro a llevar a cabo una actividad peligrosa para éste —por ejemplo, una escalada difícil—, no podrá ser castigado como inductor si se produce un accidente, porque su cooperación tropieza con el obstáculo de la atipicidad de la conducta del inducido —matarse o lesionarse a sí mismo por imprudencia es atípico—.”

imputación a título propio. Aun así, bajo la suposición de esa plena coincidencia, lo crucial es advertir que *la razón* por la cual un hecho puede imputarse a título propio a un sujeto no descansa simplemente en el hallazgo de que lo ha ejecutado.

Cuando son varios los sujetos involucrados se vuelve decisivo determinar con precisión qué es aquello que un sujeto ha realizado, de tal manera que fundamente a su respecto la imputación de ese hecho a título propio, o a título de participación. La distinción entre acciones principales y acciones auxiliares, esencialmente sobre la base de un criterio lógico-semántico, permite distinguir de manera apropiada el respectivo *objeto* de imputación, empero, no constituye un criterio diferenciador acerca de la modalidad de intervención (principal o accesoria) que resulta aplicable. La pregunta por la coautoría y la autoría mediata no se deja responder únicamente atendiendo al objeto de imputación, pues es posible —y, en el caso de la autoría mediata, necesariamente será así— que uno o más sujetos realicen comportamientos que, por sí mismos, no satisfacen la descripción típica —es decir, que no cuentan como acciones principales—, y, sin embargo, pese a lo anterior, el hecho podría imputárseles a título propio. Esto se vuelve posible en la medida en que se configure alguna relación agencial que permita interpretar que un sujeto, sea conjuntamente con otro, o bien a través de otro, realiza un comportamiento que sirve de fundamento para ser considerado *agente* de ese hecho. A este comportamiento cabe denominar *base* de imputación, y permite, a través de una determinada *estructura* (agencial), imputar ese hecho a uno o más sujetos a título propio.

A propósito de los criterios de imputación subjetiva es igualmente indispensable distinguir la pregunta acerca de qué es aquello que podría imputarse a uno o más sujetos, por un lado, y la razón por la cual ese hecho les resultaría imputable, por el otro. En primer lugar, porque, en efecto, dolo e imprudencia no se distinguen desde el punto de vista de la norma de comportamiento quebrantada. Objetivamente considerada, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reviste las mismas propiedades en uno y otro caso. Lo que varía, en función del criterio de imputación subjetiva aplicable, no es una propiedad del hecho, sino la forma de su imputación a uno o más sujetos. Tales formas designan diversas modalidades de evitabilidad. Un hecho es imputable a título doloso cuando el o los agentes en cuestión, al haber dispuesto del conjunto de capacidades físicas y epistémicas necesarias, podrían haberse formado y materializado la intención de evitar la realización del correspondiente hecho delictivo. En cambio, un hecho es imputable a título de imprudencia cuando el comportamiento en cuestión no es intencionalmente evitable, bajo la descripción del respectivo tipo delictivo. Quien ignora que su comportamiento ejemplificará las circunstancias fácticas de un tipo de delito, o carece de las capacidades físicas necesarias para evitarlo, no puede formarse o realizar la intención de seguir la respectiva norma de comportamiento. No obstante, la característica principal de la

imprudencia, como forma secundaria de evitabilidad, es que permite sustentar una imputación extraordinaria del hecho, en la medida en que el o los agentes en cuestión podrían haber asegurado sus capacidades de evitación, y, por esta vía, cuando menos, haber estado en condiciones —para el caso de proponérselo— de evitar la realización de aquel hecho.

La diferencia de contenidos abarcados por las preguntas acerca de la modalidad de intervención delictiva aplicable, por un lado, y la forma de imputación subjetiva, por el otro, exhibe fundamentalmente dos consecuencias de suma relevancia para la economía interna de la teoría del delito. La primera de ellas consiste en descartar que los criterios de autoría y de participación estén genéticamente concebidos para una determinada clase de injusto, a saber: para el injusto doloso. Las razones que hablan en favor de una concepción diferenciadora de intervención —en oposición a una concepción unificadora— tienen que ver especialmente con la conveniencia y necesidad de distinguir estructuras de imputación, en resguardo de principios tales como el de autorresponsabilidad, lesividad y proporcionalidad. Por ende, los argumentos en pos de una concepción diferenciadora no se razonan en términos de su aplicación a un determinado criterio de imputación *subjetiva*. Ello habla especialmente en contra de la tesis según la cual, tratándose de hechos imputables a imprudencia, la infracción del llamado deber de cuidado obraría como condición necesaria y suficiente para su adscripción a título de autoría. Pues la afirmación de la infracción (imputable) de una exigencia de cuidado únicamente informa que un sujeto podría haber estado en condiciones de evitar la ejecución (o la falta de ejecución) de cierto comportamiento, en la medida en que hubiese adoptado dicho estándar de cuidado. Sin embargo, ello nada dice aún acerca de si ese hecho tendría o no que resultarle imputable a título propio, o bien a título de participación.

La segunda consecuencia de distinguir el orden de asuntos involucrados en la pregunta sobre la modalidad de intervención delictiva y el criterio de imputación subjetiva dice relación con el propio concepto de autor. En efecto, si el concepto de autor —incluyendo en él sus tres modalidades: autoría directa, autoría mediata y coautoría— es el mismo, tanto si se aplica a un injusto doloso, como si se aplica a un injusto imprudente, entonces no cabe hablar propiamente de “autoría dolosa” y “autoría imprudente”. En cada caso, se tratará de articular criterios que fundamenten la imputación de un hecho a título propio, de acuerdo con la modalidad objetiva de comportamiento mediante la cual un sujeto se vincula con el hecho. Las dificultades acerca de la escisión del concepto de autor para su aplicación al injusto imprudente serán analizadas en la *Segunda Parte* de este trabajo, especialmente con motivo de planteamientos que favorecen un concepto especial de coautoría para los delitos imprudentes.

Ahora bien, nada de lo dicho debe oscurecer la relación *pragmática* en que se encuentran las preguntas acerca de la autoría y la respectiva forma de imputación subjetiva. Si un hecho puede imputarse *qua* acción u omisión a uno o más sujetos, ello dependerá de su capacidad de evitación intencional. Y para esto último es necesario que se satisfagan conjuntivamente los requisitos de una y otra clase de categorías. En efecto, la capacidad de evitación de uno o más sujetos con respecto a cierto comportamiento presupone que estos conozcan la clase de relación agencial que los vincula con él. Por ejemplo, para un coautor o para un autor mediato no resulta en absoluto indiferente saber qué es aquello que hace su compañero o su instrumento, respectivamente. Por esto, la suposición — ampliamente extendida y plenamente compartible— de que cuenta como autor aquel sujeto a quien puede imputarse un hecho a título propio, a su vez, descansa sobre una premisa que no siempre se encuentra suficientemente explicitada, a saber: que, para que un hecho realmente sea propiedad de un sujeto, tendría que haber resultado (directa o, al menos, secundariamente) evitable para él. Y es por esta razón que, aun cuando el concepto de autor no se articule (internamente) sobre la base de un determinado criterio de imputación subjetiva, sí presuponga (externamente) la aplicación de alguno de estos criterios.

SEGUNDA PARTE. COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE: ELEMENTOS PARA SU ELABORACIÓN DOGMÁTICA

Introducción a la Segunda Parte de la investigación e itinerario de análisis

En la *Primera parte* de este trabajo se ha intentado ofrecer, primero, un análisis individual de las preguntas estructurales que se plantean tanto a nivel de intervención delictiva, como de imputación subjetiva, para luego sugerir un análisis general y coordinado de las mismas, centrandose especialmente la atención en el injusto imprudente. En esta *Segunda parte*, en cambio, dicho análisis se particularizará en la coautoría.

Debido a que, según lo desarrollado en la *Primera parte*, las respectivas modalidades de autoría no se edifican sobre la base de un determinado criterio de imputación subjetiva, sino más bien de estructuras agenciales diferenciadas, en lo sucesivo, la investigación no ofrecerá un desarrollo de lo que —de acuerdo con una terminología tradicional y todavía dominante en la discusión actual— se denomina “coautoría imprudente”, sino más bien de la coautoría *aplicada* al injusto imprudente. Esto último permite justificar el grado de detención con el que se problematizarán preliminarmente ciertos asuntos generales de la dogmática de la coautoría, y, por ende, la extensión del primer capítulo de esta *Segunda parte*. En efecto, aquí se abordarán preguntas conceptuales que pueden plantearse con independencia del criterio de imputación subjetiva que resulte aplicable, pero que, desde luego, resultarán cardinales a la hora de elaborar los presupuestos de una estructura de imputación gobernada por la coautoría y *a la vez* por el injusto imprudente. Asimismo, un examen relativamente extenso de ciertos aspectos conceptuales y estructurales de la coautoría permitirá que, más adelante, en contrapartida a este tratamiento global, la atención vuelva a concentrarse fundamentalmente en las particularidades del injusto imprudente.

De este modo, en el *Capítulo quinto* se investigarán básicamente los siguientes aspectos. En primer lugar, el anclaje que el concepto jurídico-penal de coautoría puede reconocer en la noción (general) de acción conjunta, lo que después permitirá abordar el objeto sobre el cual recae esta modalidad de autoría. Con ello, a la vez, se intentará sustentar de manera más detallada, por referencia específica a la coautoría, una premisa general defendida en la *Primera parte* de este trabajo, a saber: que las formas de autoría dependen de la clase de relación agencial que vincula a uno o más sujetos con el hecho que es objeto de imputación. A continuación, se someterán a análisis las principales teorías acerca del fundamento y la estructura de la coautoría, reconocibles en la discusión dogmática actual. Luego de ello, se abordarán las principales notas distintivas de la coautoría, como modalidad autónoma de autoría, centrandose la atención especialmente en la estructura bajo

la cual se articula. Como podrá anticiparse, una gran parte del *Capítulo quinto* estará destinado a examinar los presupuestos de los cuales depende la responsabilidad jurídico-penal de los coautores.

Con base en lo anterior, se analizarán en el *Capítulo sexto* dos de los interrogantes más básicos en torno a los cuales gira la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente: por un lado, si son o no compatibles los elementos de ambas categorías; por otro, si las soluciones alternativas a la coautoría en el injusto imprudente, defendidas por parte de quienes rechazan su factibilidad, consiguen o no resolver satisfactoriamente el conjunto de constelaciones a las cuales podría aplicarse dicha estructura de imputación.

Las bases teóricas y el aparato conceptual desarrollado en el *Capítulo quinto*, en correspondencia con las premisas generales defendidas en la *Primera parte* de esta investigación, son los que se aplicarán al esquema de análisis que se ofrecerá en el *Capítulo séptimo*. En este último se concentrarán las preguntas fundamentales de la coautoría en el injusto imprudente, de acuerdo con el modelo aquí patrocinado, así como también las posibles soluciones para las constelaciones más paradigmáticas en este contexto.

Por último, en el *Capítulo octavo* se intentará especificar las consecuencias que podría exhibir el modelo de análisis propuesto para ciertos ámbitos en particular. Se tratará entonces de explorar su compatibilidad con la estructura de los delitos impropios de omisión —en los que la afirmación de una coautoría, incluso dolosa, no es en absoluto un tema sencillo ni pacífico—, así como también al ámbito de las decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados. Dado que las aristas cardinales de la coautoría en el injusto imprudente no alcanzarían a comprenderse cabalmente sino una vez contrastada con otras instancias de pluralidad de autorías (individuales) por imprudencia, la investigación cerrará con un tratamiento de la delimitación entre la coautoría y la así llamada autoría paralela.

CAPÍTULO QUINTO. COAUTORÍA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN: FUNDAMENTO, ESTRUCTURA Y PRESUPUESTOS

I. Sobre la posibilidad de una acción conjunta como fuente compartida de responsabilidad personal

1. Aproximación al problema desde algunas teorías analíticas de la acción

La indagación del objeto, la estructura y los presupuestos de la coautoría como criterio de imputación jurídico-penal reconoce como condición de acceso una precomprensión referida a una noción más general: la de acción conjunta. Manifestación fidedigna del nexo teórico anticipado —que habrá de confirmarse a lo largo de este capítulo— es que algunos de los problemas más importantes que llenan el contenido de la dogmática de la coautoría han sido objeto de profusa discusión al interior de la teoría de la acción⁵⁸⁷. Este antecedente justifica siquiera una somera revisión.

El propósito fijado, sin embargo, aparece inmediatamente dificultado por la circunstancia de que el uso de la noción “acción conjunta” yace gravemente afectado de ambigüedad. Por ejemplo, afirmar que “A y B realizan conjuntamente x”, supone aseverar *algo más* que el (todavía débil) enunciado de que “A y B realizan coordinada y simultáneamente x” —pues dicho suceso podría no ser fruto de cooperación, sino de pura casualidad— y, desde luego, *algo distinto* a la mera contingencia de que “A y B causen conjuntamente x”. Dificultades propincuas se aprecian a partir de la muy recurrente permuta conceptual a la que se entregan ideas como la “pluralidad de acciones” y la “pluralidad de agentes”. Para allanar el terreno de análisis pueden venir en auxilio algunas disquisiciones conceptuales.

De la posibilidad de actuar con otros mediante comportamientos individuales discretos brota un variado grupo de constelaciones⁵⁸⁸. En primer lugar, puede distinguirse entre acción conjunta, comportamiento meramente colectivo y acción de un colectivo. La primera categoría designa un comportamiento desplegado por dos o más sujetos, que ha de resultar intencional al menos bajo una (pero la misma) descripción. Por ejemplo: caminar, comer, robar o matar conjuntamente con otro u otros. La pregunta sobre cuáles

⁵⁸⁷ Advirtiendo también un paralelismo, en cuanto a contenidos e intensidad, entre el debate generado a propósito del concepto de acción en la dogmática penal y en la filosofía moral, MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), p. 9.

⁵⁸⁸ La expresión “comportamiento discreto”, a la que se aludirá constantemente en lo sucesivo, sea en forma de contraposición, sea como elemento constitutivo en la generación de una acción conjunta, en sentido técnico, hace referencia a la división y pluralidad en tanto que propiedades que exhiben ciertas entidades, susceptibles de ser descritas *también* como individuos discontinuos y discernibles.

son las condiciones de satisfacción del adverbio “conjuntamente”, por de pronto, puede permanecer abierta. Un comportamiento meramente colectivo, por su parte, comprende actuaciones convergentes realizadas por un número indiscriminado de personas, mas sin que exista entre ellas algún compromiso práctico que permita interpretar sus acciones individuales como parte de un todo⁵⁸⁹. Así, el comportamiento colectivo consistente en votar en elecciones parlamentarias, solidarizar con el prójimo, pagar impuestos, etc. En tercer lugar, la acción ejecutada por un *único* agente colectivo es, en puridad, una acción individual, con la singularidad de que el sujeto de la acción representa un colectivo de individuos. Desde luego, ello no obsta a que la acción de un grupo pueda ser, a la vez, una acción conjunta, en la medida en que se privilegie una descripción bajo la cual dicho comportamiento es desplegado por los miembros que componen tal grupo.

A partir de esta primera perspectiva, puede notarse que la clase de acción que fundamenta una relación de coautoría es una acción conjunta, en la que dos o más se hallan vinculados agencialmente con un comportamiento que puede contar como el quebrantamiento conjunto de una norma. No así los casos de autorías paralelas, en los que, como en un mero comportamiento colectivo, falta la disposición de actuar conjuntamente. En la categoría de mero comportamiento colectivo también cabe incardinar los así llamados delitos por acumulación (v. gr., paradigmáticamente, el daño que una multitud provoca al medio ambiente); la vieja categoría del delito cometido por una “muchedumbre”, es decir, atribuible a una comunidad inorgánica y ocasional de personas —similares a los ejecutados por una turba— cuyo caso sería, por ejemplo, un ajusticiamiento popular a quien acaba de perpetrar un delito, o el saqueo a un establecimiento comercial en el contexto de una calamidad⁵⁹⁰. Por último, sería igualmente inapropiado caracterizar a la coautoría como la acción de un sujeto colectivo, aunque, como se verá, las teorías que pregonan la existencia de un agente plural en su seno no son en absoluto peregrinas.

Como una segunda característica, nótese que la mayoría de las acciones conjuntas tienen índole cooperativa. No obstante, también hay otras en que la cooperación solo puede ser entendida en un sentido débil; esto ocurre cuando los coagentes se confrontan como centros de intereses opuestos, que es lo que sucede con las acciones conjuntas competitivas. Por la vía aquí descrita, también son concebibles acciones conjuntas mixtas,

⁵⁸⁹ TUOMELA, *The Importance of Us. A Philosophical Study of Basic Social Notions*, 1995, pp. 73 y 89, denomina “co-acción” al primer grupo de actividades descritas, que únicamente dan cuenta de un mero comportamiento colectivo, ya que no está implicada una meta o intención compartida que la caracterice como un proyecto de acción global. Un ejemplo de “co-acción” es el de varias personas que, respondiendo a una norma de trato social, se ponen de pie y aplauden tras la culminación de una representación teatral; o el de varias personas que, al comenzar a llover, abren sus paraguas simultáneamente.

⁵⁹⁰ Ello no impide la posibilidad de que un comportamiento que en un inicio es puramente colectivo, durante su ejecución, pueda tornarse en una acción conjunta; por ejemplo, una riña tumultuaria en la que, en determinado momento, acciones desarticuladas comienzan a encauzarse unitariamente en cierta dirección.

es decir, relaciones de intercambio, como son las acciones cotidianas de comprar y vender algo, que encuentran una manifestación delictiva paradigmática en el tráfico de estupefacientes, aunque también en los tipos de cohecho, como instancias de delitos de participación necesaria⁵⁹¹. Que la coautoría suele basarse en acciones conjuntas plenamente cooperativas no exige abundar en explicaciones. Pero, a la vez, y en contra de lo aparente, la coautoría también podría ser compatible, bajo ciertas condiciones, con acciones de índole competitiva, pues lo relevante es que el comportamiento conjunto sea expresivo de cooperación —bajo *alguna* de sus posibles descripciones—, y no necesariamente, en cambio, de que los sujetos tengan la intención positiva de cooperar unos con otros.

El carácter conjunto de la clase de acciones que aquí interesan puede ser necesario o contingente. Lo primero responde a una imposición conceptual, a algo que lógicamente no tolera otro modo de ser. Por ejemplo, contraer matrimonio (y, eventualmente, cometer por esta vía un delito de bigamia) es un hecho institucional que no puede realizarse si no es conjuntamente con otro. Lo contingente, por el contrario, designa lo dependiente de algo, a su vez, variable; por ejemplo, una acción puede ser contingentemente conjunta, cuando es fruto de la oportunidad o de una elección por conveniencia. De este último talante son la mayoría de las acciones conjuntas cooperativas, casi siempre susceptibles de realizar en forma individual, pero que, sin embargo, son emprendidas conjuntamente en aras de facilitar su ejecución. La recién descrita es la forma de proceder ordinaria, y a la que responden las acciones (contingentemente) conjuntas como bases de una eventual instancia de coautoría, diferenciándose con los delitos plurisubjetivos —de convergencia o de encuentro—⁵⁹², que presuponen la intervención de dos o más sujetos, como un requerimiento impuesto por la naturaleza de su objeto jurídico de protección.

Desde luego, estas disquisiciones preliminares únicamente habrán podido servir como guía de ruta, ya que aún nada se ha dicho sobre qué cabe entender por acción conjunta. En lo que sigue se presentarán, de manera sucinta y compacta, algunas de las (múltiples y variadas) propuestas que, en el seno de la teoría analítica de la acción, tematizan las condiciones bajo las cuales el comportamiento discreto de dos o más sujetos admitiría ser interpretado como una acción conjunta. El propósito consiste en ponderar —descartando y acogiendo— argumentos que puedan exhibir rendimiento acrisolador, por de pronto, con respecto a la identificación de ciertas preguntas cardinales —especialmente de índole metodológica— cuya respuesta interesará para la articulación de la estructura de la

⁵⁹¹ Sobre la diferencia entre acciones completamente cooperativas, no completamente cooperativas, y mixtas, véase TUOMELA, *The Importance of Us*, pp. 148 y s.

⁵⁹² Del primer tipo, v. gr., la rebelión o la participación en riña tumultuaria; del segundo, el cohecho o los nombramientos ilegales.

coautoría como criterio de imputación, y, en forma ulterior, a la hora de descender en el análisis pormenorizado de sus elementos constitutivos.

1.1. Aplicación del individualismo metodológico ejemplificado en una tesis reductivista

La comprensión de una acción conjunta como una clase de acción constituida mediante la agregación de acciones individuales, al corresponderse con la clase de explicación del todo a través de sus partes, es una palmaria muestra de individualismo metodológico en el ámbito de la teoría de la acción. Tesis de este tipo asumen como plausible el proyecto de desarticular una acción conjunta en las acciones individuales que la componen sin que en el camino se extravíe el sentido de la primera.

Esta herramienta de análisis, aunque presente en cierta y limitada medida en las teorías que patrocinan la existencia de un agente colectivo, se deja advertir de manera más evidente en aquellas que comprenden las acciones conjuntas a partir de la noción de “intenciones personales compartidas”, y cuyo representante más prominente acaso sea Michael Bratman. El proyecto de Bratman, como él mismo señala, puede caracterizarse como “reductivo en espíritu”⁵⁹³, pues, en lugar de acoger una noción irreductiblemente colectiva de un sujeto global o de estados mentales individuales, propone articular las acciones cooperativas conjuntas como estructuras interpersonales construidas a partir de intenciones individuales referidas las unas a las otras, es decir, como intenciones interrelacionadas. Por esto, el concepto clave en Bratman es el de “intención compartida” (*shared intention*), el cual —a diferencia del de “intención conjunta” (*joint intention*), utilizado por algunos autores que favorecen enfoques no reductivistas— enfatiza que los estados intencionales (es decir: estados referidos a un objeto) siempre son relativos a cada agente, y, entre tales, especialmente las intenciones, ya que proponerse algo presupone tener —o creer tener— cierto control respecto de lo que se planea realizar⁵⁹⁴.

Las principales críticas contra la tesis de Bratman acusan su inidoneidad funcional de cara a fenómenos sociales en los que claramente puede atribuirse una acción conjunta a varios sujetos en su condición de miembros de un grupo. A esta falta de correspondencia con la evidencia de que existen formas de razonamiento práctico que responden a un modo en primera persona del plural, se suma otro aspecto destacado por Tuomela, y de interés más inmediato para esta investigación, a saber: que la tesis de Bratman no excluye acciones conjuntas en las que el conocimiento mutuo acerca de las intenciones de los participantes ha sido obtenido de manera accidental, es decir, sin ninguna clase de —dicho en forma

⁵⁹³ BRATMAN, *Faces of Intention*, p. 108.

⁵⁹⁴ Cfr. *Ibidem* pp. 118 y s.

laxa— “acuerdo previo”⁵⁹⁵. De todos modos, puesto que la propuesta de Bratman se cifra en el estado intencional que caracteriza a los sujetos de una acción conjunta, y no es en tal tópico en el que, de momento, necesita profundizarse en esta exposición, la atención ha de ser redirigida al trasfondo metodológico que la inspira, a saber, aquella que conduce a negar que, frente a la pregunta consistente en qué significa actuar conjuntamente, exista una respuesta que difiera *cualitativamente* de la que se ofrecería con respecto a un agente solitario. En ese sentido, un aspecto al que Bratman asigna especial relevancia, y que guía metodológicamente su construcción, es que los sujetos únicamente pueden proponerse realizar aquello que se encuentra bajo su propio control⁵⁹⁶. Pero de ahí también que, al menos *prima facie*, resulte gramaticalmente incómodo construir una oración del tipo: “yo me propongo que nosotros realicemos *x*”. Como pronto se verá, nada anómalo subyace a la posibilidad de que un sujeto se proponga junto con otros una acción cuya ejecución depende de todos a la vez. Pero entonces no se trata de un “yo me propongo que nosotros realicemos *x*”, sino de un “nosotros nos proponemos realizar *x*”.

1.2. La tesis del sujeto plural como intento de superación del reduccionismo

Una extendida forma de explicar el concepto de acción conjunta consiste en reconducirla a la construcción de un sujeto global. Esta visión promete funcionalidad descriptiva a la hora de acometer el análisis de acciones en que están implicados grandes grupos y se muestra especialmente acomodable —aunque también acomodaticia— para efectos de centralizar la responsabilidad eventualmente derivable de ellas.

Una defensa paradigmática de este modelo es la ofrecida por Gilbert. Lo cardinal en su reconstrucción de las acciones conjuntas puede resumirse en la siguiente metáfora: “las partes, en la medida en que les es posible, se comprometen conjuntamente a emular, en virtud de la acción de cada una, un cuerpo individual que se propone realizar el objeto en cuestión”⁵⁹⁷. Desde luego, una pluralidad de individuos humanos, en términos biológicos, no puede constituir un cuerpo semejante, ni tampoco una suerte de centro de consciencia; antes bien, desde tales coordenadas, Gilbert únicamente sugiere que los sujetos actúan *como si* fuesen un sujeto plural, de tal manera que también puedan compartir una misma intención. Detrás de esta noción de sujeto colectivo late una visión profundamente normativa de acción conjunta, pues, en realidad, dicha articulación es instrumental con respecto a lo siguiente: posibilitar el establecimiento de una especial posición deóntica entre los miembros de dicho sujeto multipersonal que se traduzca en obligaciones en

⁵⁹⁵ Cfr. TUOMELA, *The importance of us*, p. 97, para quien es necesario exigir, además del conocimiento común, que cada agente esté en conocimiento de lo que el otro cree, y actúe por esa razón.

⁵⁹⁶ BRATMAN, *Faces of Intention*, pp. 148 y ss.

⁵⁹⁷ GILBERT, «Shared intention and personal intentions», *Philosophical Studies*, 144 (2009), pp. 179 y ss.

donde cada uno de ellos deba conformidad al otro y, correlativamente, esté en condiciones de exigir a sus pares dicha conformidad. La consecuencia más radical de lo anterior es que, dado que el compromiso no tiene carácter individual, ninguno de los coagentes —concluye Gilbert— puede rescindirlo unilateralmente⁵⁹⁸.

La arista más problemática en la tesis de Gilbert justamente descansa en la asunción de un sujeto global. En lo medular, las observaciones que siguen son extrapolables a otras tesis afines que discurren en torno de un sujeto colectivo, pero en las que no es posible aquí detenerse, como también a aquellas otras que, ya situadas en el discurso jurídico-penal, conforme se verá, remiten la explicación de la coautoría a un sujeto multipersonal.

En primer lugar, disociar el sujeto *a través* del cual se realiza una acción —el sujeto plural— de aquellos a quienes se atribuye esa misma acción —los integrantes de ese sujeto plural— también supone desenvolver el concepto de acción conjunta desde una comprensión parcialmente individualista. Al margen de esto, ocurre que la noción misma de grupo (organización, asociación o banda, en el discurso jurídico-penal) entraña una vocación de permanencia que determina que la atención se concentre en el colectivo —y el vínculo que lo unifica— más que en la acción concretamente ejecutada. A lo anterior cabe añadir también un riesgo de circularidad. Pues si el sujeto colectivo no se encuentra constituido con anterioridad a la acción conjunta, este no podrá desplegar acciones básicas —entendidas en este contexto como acciones para cuya individuación no se precisa recurrir a sujetos individuales—, por lo que el todo no puede independizarse de las partes que lo componen.

1.3. El reconocimiento de un estado intencional con contenido conjunto o compartido como marca de una acción conjunta

Una visión propiamente colectivista de las acciones conjuntas, que no deriva en la afirmación de un sujeto plural, reúne los comportamientos discretos de varios individuos a través de un estado intencional compartido (aunque no necesariamente conjunto)⁵⁹⁹. Este camino ha recorrido Searle, para quien el comportamiento colectivo intencional constituye un fenómeno primitivo (esto es, originario) que no puede ser analizado como mera suma de comportamientos individuales intencionales. Su construcción se explica a partir de la conjugación de dos premisas fundamentales: por un lado, toda consciencia e

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁹⁹ Obsérvese que la noción de “intencionalidad”, en este contexto, es entendida como “referencialidad”, y no como intención, dado que esta última es una clase de estado intencional. Cfr. SEARLE, *Making the Social World*, p. 27; TUOMELA, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, 2007, p. 3.

intencionalidad está en la mente de sujetos individuales; por otro, sin embargo, la intencionalidad colectiva es irreductible a la intencionalidad individual⁶⁰⁰.

Para diferenciar una acción conjunta de otra que solo lo es aparentemente, Searle sugiere comparar los siguientes dos escenarios. En el primero, un grupo de personas están sentadas en el pasto en distintos sitios de un parque. De repente, empieza a llover, todos se levantan y corren a un refugio ubicado en el centro del parque. Según Searle, en ese caso, cada sujeto tiene una intención expresable mediante la oración “yo estoy corriendo al refugio”, que es enteramente independiente de las intenciones y del comportamiento de los otros (aunque tengan conocimiento de esto). En el segundo escenario, en cambio, esas mismas personas son integrantes de un grupo de *ballet* al aire libre, de manera que corren al refugio en ejecución de una pieza específica de una coreografía. Como señala Searle, en ambos casos los movimientos corporales externos son indistinguibles, con la diferencia de que, en el primero, la intención de cada persona puede expresarse sin referencia a la de los otros, pero en el segundo, en cambio, el “yo me propongo” está, en cierto modo, necesitado de explicar derivativamente del “nosotros nos proponemos”⁶⁰¹.

Sobre lo acertado que resulta distinguir conceptualmente una acción conjunta de las partes que lo componen pronto se volverá. De momento, solo interesa advertir que, producto de la referida irreductibilidad ontológica, la noción de “intencionalidad colectiva” en Searle tiende a centrarse únicamente en el *contenido* de las intenciones de los sujetos, si bien es cierto, complementada también por la (discutible) necesidad de que exista un objetivo común que explique por qué dos o más sujetos actúan cooperativamente⁶⁰².

De manera similar, también Tuomela ofrece una distinción entre problemas conceptuales y ontológicos⁶⁰³. Para Tuomela, la irreductibilidad conceptual de las “actitudes de nosotros” deriva del carácter no eliminable del “nosotros”, pero no por la vía de articular un sujeto global, sino a partir del modo en que son asumidas. La intencionalidad queda identificada a través de una clase específica de enfoque, una “perspectiva de nosotros”, capaz de expresar “intenciones-de-nosotros” (*we-intentions*), aunque incluso también elementos afectivos⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ SEARLE, *Making the Social World*, pp. 42 ss.; EL MISMO, «Collective Intentions and Actions», en COHEN/MORGAN/POLLACK (eds.), *Intentions in Communication*, 1990, pp. 401 y ss. Para una recepción parcial de la propuesta de Searle sobre la noción de intencionalidad colectiva en la dogmática de la coautoría, véase KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 508 y ss.

⁶⁰¹ SEARLE, en *Intentions in Communication* (eds.), pp. 402 y s. MOSTERÍN, *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, 2008, pp. 250 y s., ilustra este punto en forma similar: ¿en qué se distingue externamente la masa de gente que sale del campo de fútbol, dispuesta de una determinada forma y caminando coordinadamente en una cierta dirección, de aquella otra que participa en una manifestación?

⁶⁰² Al respecto, SEARLE, *Making the Social World*, pp. 47 y ss.

⁶⁰³ TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, p. 120.

⁶⁰⁴ TUOMELA, *The Importance of Us*, pp. 37 y ss.; TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, pp. 3 y ss.

Por último, la tesis “minimalista” de Kutz parte de un individualismo templado. Según Kutz, aunque todos los enunciados sobre actos colectivos siempre pueden ser redescritos como oraciones sobre agentes individuales, tratándose de acciones conjuntas, sus estados intencionales tienen la forma de “intenciones individuales participatorias superpuestas” (*overlapping, individual participatory intentions*), cuyo contenido necesariamente habrá de estar referido, aunque sea de manera implícita, a que cada uno (de los demás) realice su parte del proyecto colectivo⁶⁰⁵.

2. Hacia una noción irreductible y pragmáticamente orientada de acción conjunta

2.1. Sobre la diferencia entre contenido, actitud, modo y sujeto de un estado intencional

Para delinear con mayor precisión la diferencia entre acción conjunta y mero comportamiento colectivo vienen en auxilio una serie de elementos atinentes a los estados intencionales de los agentes involucrados. A estas herramientas conceptuales se recurrirá continuamente a lo largo de la *Segunda parte* de esta investigación.

En primer lugar, el estado intencional de los coagentes necesita tener el mismo *contenido*; tratándose de una acción, la identificación del verbo infinitivo, complementada por el objeto intencional del respectivo estado intencional, determina aquello que cuenta como su contenido común. Los estados intencionales referidos a ese mismo contenido pueden ser diversos: proponerse interpretar juntos una sonata, creer estar interpretando juntos una sonata, desear interpretar juntos una sonata, etc. Pero no es condición necesaria que el objeto del estado intencional sea exactamente idéntico para los coagentes.

Si *A* y *B* se proponen y, en seguida, disponen a disparar en contra de un tercero, al que *A* identifica en la persona de *C*, mientras *B* cree identificar en *D*, sus intenciones seguirán siendo convergentes en contenido —relevantes, por ejemplo, para una eventual tentativa de delito en coautoría—, pese a la divergencia de objetos intencionales en los que podrían recaer sus respectivas acciones, individualmente consideradas, fundantes de una eventual autoría directa, por faltar una realización conjunta del hecho consumado.

La *actitud proposicional* determina, desde un punto de vista cualitativo, qué clase de estado intencional detenta un agente respecto del contenido en cuestión. Así, tener la intención “que *p*” es solo un tipo de estado intencional, específicamente, uno de orden conativo o práctico, lo mismo que desear es un estado desiderativo. Hay estados intencionales de tipo cognitivo o doxástico, como el conocimiento y las creencias, y otros,

⁶⁰⁵ KUTZ, *Complicity*, pp. 71, 75 y s., 86.

en fin, de naturaleza afectiva o emocional, como la esperanza y el temor⁶⁰⁶. Una acción conjunta presupone que, además de compartir el contenido, los coagentes abracen la misma actitud intencional con respecto a este, quedando, por ende, excluida una instancia de acción conjunta si, por ejemplo, un sujeto cree que con otro realizan conjuntamente *x*, mientras este otro lo ignora.

La forma en que se tiene dicha actitud intencional por parte del sujeto determina, a su turno, el *modo actitudinal* del estado que viene en consideración. Esto es oportunamente advertido por Tuomela, pues dos sujetos podrían tener una misma actitud proposicional respecto de un contenido compartido, y, sin embargo, actuar de manera autónoma⁶⁰⁷. Por ejemplo, si *A* y *B* independientemente tienen la intención de contribuir a disminuir la pobreza en el mundo por la vía de hacer donaciones mensuales a instituciones caritativas, ambos realizan la misma clase de acción, empero, no están en disposición de actuar conjuntamente, motivo por el cual la acción de uno *no amplifica ni altera* en absoluto el sentido de la otra. Tratándose de una acción conjunta es indispensable que los coagentes apliquen un “*modo-actitudinal-nosotros*”⁶⁰⁸. Así, lo distintivo de este modo de proceder es que los coagentes se proponen realizar “su parte” de una acción conjunta, de suerte que esta última sea susceptible de ser verbalizada utilizando el pronombre “nosotros”⁶⁰⁹. En el caso contrario, existiría un comportamiento meramente colectivo, que solo es susceptible, como se ha anticipado, de dar lugar a una instancia de pluralidad de autorías individuales.

Por último, una acción conjunta presupone una *pluralidad de sujetos*. Como se señaló, algunas teorías de la acción reconducen a la existencia de un sujeto plural el elemento que mancomunaría a los coagentes, respecto del cual habría de predicarse la correspondiente actitud proposicional. Algunas de las falencias que aquejan a esta tesis han sido ya enunciadas. En este momento interesa destacar la necesidad de distinguir entre el “sujeto intencional” y el “sujeto de la intención”, dado que el carácter autorreferencial de ciertas actitudes proposicionales suele generar confusiones a estos efectos. Como ha mostrado Mathiesen, nada misterioso envuelve la posibilidad de que la intención (u otra actitud proposicional) de algún sujeto individual esté referida a un “nosotros”, como, por ejemplo, cuando alguien afirma: “me propongo que alcancemos juntos la cima de aquella montaña”. En tal caso, advierte Mathiesen, el “*sujeto de la intención*” —la entidad que

⁶⁰⁶ SCHWEIKARD/SCHMID, «Collective Intentionality», en ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/collective-intentionality/> (última visita: 24.02.2021).

⁶⁰⁷ TUOMELA, *Social Ontology. Collective Intentionality and Group Agents*, 2013, p. 67.

⁶⁰⁸ TUOMELA, *The Importance of Us*, p. 88.

⁶⁰⁹ SCHWEIKARD/SCHMID, «Collective Intentionality», en ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/collective-intentionality/> (última visita: 24.02.2021).

tiene el respectivo estado mental— soy yo; en tanto que el “*sujeto intencional*” —la entidad que está presente en la modalidad de la intención como aquel que intentará realizar algo— somos nosotros⁶¹⁰. Por ende, no es necesario recurrir a un sujeto ontológico multipersonal, pues los “sujetos de la intención” —de quienes se predica el respectivo estado mental— siguen siendo individuos. Amén de consolidar el persistente (y fundado) rechazo al solipsismo en el ámbito de la teoría de la acción, la radical importancia de esta precisión radica en que torna factible un estado intencional (individual) cuyo *contenido* y *modo* estén articulados en primera persona del plural, sin necesidad de redirigir la agencia a un colectivo ficticio.

En definitiva, si falla alguno de tales presupuestos, o falta la debida convergencia, el comportamiento discreto de varios sujetos queda entonces impedido de ser caracterizado apropiadamente como una acción conjunta. Ahora bien, la existencia de una intención compartida entre los coagentes, por supuesto, opera solo como condición necesaria, pero no suficiente, pues, que uno de ellos albergue dicha actitud proposicional por referencia a cierta acción no determina que cualquier comportamiento que ejecute tenga que ser reconocible externamente como una parte de esa acción (potencialmente) conjunta.

2.2. “El todo no equivale a la (mera) suma de sus partes”: el problema y el método compositivo en una acción conjunta

Toda acción conjunta es una acción *compuesta*, pues emerge de la reunión de dos o más acciones individuales con respecto a las cuales, sin embargo, la primera exhibe una nota (distintiva) de irreductibilidad. De la compaginación de tal pareja de ideas, su carácter compuesto e irreductible, depende en gran medida la adecuada comprensión de esta clase de acciones.

Estructuralmente considerada, una acción conjunta es siempre una acción compuesta, ya que ella se constituye a partir de la unificación de dos o más acciones que, en tanto que integrantes suyas, pueden llamarse “partes componentes”. De lo anterior se sigue que, además, toda acción conjunta es una acción *mediada*⁶¹¹. En el contexto que aquí interesa,

⁶¹⁰ MATHIESEN, «Searle, Collective Intentions, and Individualism», en MEGGLE (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*, 2002, pp. 198 y s. Así, el sujeto intencional viene a coincidir con el objeto intencional. Similar, TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, p. 56. En la dogmática penal, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 83, usa esta distinción para rechazar la tesis del sujeto global en la coautoría.

⁶¹¹ Sobre la distinción entre acción básica y mediada, véase DANTO, *Analytical Philosophy of Action*, 1973, pp. 28 y ss. Acción básica es aquella para cuya explicación no es preciso remitirse a otra. Acción mediada, por contraste, es una acción que viene precedida de la ejecución de otra u otras. Un ejemplo clásico: la acción de disparar con una pistola es mediada, pues está precedida por la de mover el dedo índice en cierta dirección, la de apuntar con el arma, y antes de esto, la de tomarla. Cuando el sujeto se dirige a coger el arma, en cambio, despliega una acción básica. Cfr. MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, pp. 239 y ss.

ello se traduce en que una acción conjunta, como tal, no nace *ex nihilo*, sino que solo a partir de la conjunción de acciones individuales (que, a su vez, podrían ser realizadas por sujetos colectivos, respecto de cuyas acciones podría ejercitarse la misma operación distintiva). Así, que *A* y *B* tomen parte en la acción conjunta consistente en participar en un dueto supone que *A*, por ejemplo, realice la acción —en este sentido— básica de tocar el violín, mientras *B* ejecuta la acción básica de tocar el piano⁶¹². El carácter mediato de dicha acción está determinado por la circunstancia de que ni *A* ni *B* se han propuesto ejecutar “nada más que” sus respectivos comportamientos, sino en tanto que partes de una acción conjunta; mientras que, adicionalmente, el hecho de que dicha acción conjunta solo se constituya a partir de la reunión (en este caso, convencional) de dos acciones individuales viene a designar su carácter compuesto⁶¹³.

Reviste importancia apuntar la índole mediada de una acción conjunta pues involucra la posibilidad de que su generación albergue una serie prolongada de acciones individuales que, a primera vista, debido a su separación espacio-temporal, podrían designar tan solo comportamientos aislados, o bien conducir a centrar la atención únicamente en aquellos que se han ejecutado en último lugar⁶¹⁴. Como se verá más adelante, este aserto es capital de cara a la viabilidad teórica de la llamada coautoría “vertical”.

La índole compuesta de toda acción conjunta permite reconocer la dualidad de descripciones a la que pueden someterse las acciones individuales que la componen, a saber: una lectura atómica (distributiva o individualizadora) y otra lectura unificadora (global o colectiva) de *la misma* acción⁶¹⁵. Bajo la primera de ellas, que es la primitiva u

⁶¹² En cambio, desde el punto de vista de la acción individual ejecutada por cada coagente, tales acciones son mediadas, ya que su ejecución exige una serie de movimientos previos.

⁶¹³ Desde luego, las acciones individuales también pueden ser compuestas; por ejemplo, la acción de hervir agua, que podría representar un componente de la acción compuesta de preparar una taza de café. Es relevante notar que, a primera vista, una acción podría mostrarse como meramente auxiliar respecto de otra que le sucederá. En el último ejemplo, la de hervir el agua respecto de la de preparar la cafetera; pero, si entre *todas ellas* existe una relación de medio a fin —como aquí, preparar una taza de café—, entonces surge la posibilidad de interpretarlas (adicionalmente) como una unidad.

⁶¹⁴ Como pone de relieve SCHWEIKARD, *Der Mythos des Singulären. Eine Untersuchung zur Struktur kollektiven Handelns*, 2011, p. 95, una acción conjunta puede descomponerse en acciones de distinto tipo entre sí, y de distinto tipo en comparación con la acción conjunta que componen. Por ejemplo, la acción conjunta de *A*, *B* y *C* consistente en fabricar piezas de madera puede descomponerse (aunque no reducirse) en las acciones individuales de *A*, que primero las corta, la de *B*, quien las engrasa y, finalmente, la de *C*, encargado de barnizarlas. Además, este sencillo ejemplo permite mostrar que la distancia espacio-temporal no opaca un ápice a la unidad de acción así constituida.

⁶¹⁵ Fundamental al respecto, LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, pp. 135 y ss. Como se destaca en el texto, la acción que cada coagente (y potencial coautor) despliega, aunque sea susceptible de dos descripciones distintas, es siempre una misma acción. Esto último supone asumir una concepción “extensionalista” o “de grano grueso” en la individuación de acciones. Algunos argumentos en favor de esta última dirección, y en oposición a las tesis “intensionalistas” o “de grano fino”, fueron ya expuestos a propósito de la relación entre los conceptos de acción, intencionalidad e imprudencia. Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. II.1. En aplicación a la coautoría en el injusto imprudente, *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.2.

originaria⁶¹⁶, el comportamiento de un sujeto viene en consideración como acción individual, mientras que bajo una lectura unificadora es discernido como una “parte componente de una acción compuesta”. Lo peculiar de las partes componentes de una acción conjunta es que la realización de las demás se encuentra a cargo de otro u otros sujetos distintos. Un ejemplo estándar: si *A* realiza el acto coercitivo contra *C*, mientras que *B* realiza el acto de apoderamiento de una cosa de propiedad de *C*, ambas acciones son susceptibles de una doble lectura. Centrada la mira en la acción de *A*: bajo una lectura atómica, su acción individual constituye una coacción; bajo una lectura unificadora, en cambio, es una parte componente de una acción compuesta constitutiva de robo. Puesto que la realización de la otra parte componente se encuentra contingentemente a cargo de un sujeto distinto a *A* (aquí *B*), esta acción compuesta es, además, conjunta. Aplicando la terminología aquí favorecida, desde la lectura unificadora se encuentra disponible el comportamiento que es constitutivo del *objeto* de imputación, común a todos los coautores; mientras que desde la lectura atómica se encuentra disponible la respectiva *base* de su imputación, es decir, el comportamiento que sustenta individualmente la imputación de ese objeto a cada coautor⁶¹⁷. De la mano de lo anterior, cabe advertir que la caracterización de una acción como conjunta depende de que lo realizado por los sujetos sea susceptible de ser descrito verdaderamente como “nosotros hacemos *x*”, y no, en cambio, de que pueda describirse como “cada uno de nosotros hace *x*”, lo cual es enteramente contingente, como ilustra el ejemplo anterior, en donde no se configuran dos robos. Esta precisión, que podría parecer una obviedad, no lo es a la luz de las teorías objetivo-formales al uso, ni tampoco desde el punto de vista de la muy extendida tesis según la cual, para ser coautor, sería necesario que cada sujeto pueda ser autor individual.

Dicho esto, la relación entre una acción conjunta y las acciones individuales que la componen podría, o quizás no, ser de corte reductivista (el todo reducido estrictamente a sus partes). Ello dependerá de si las propiedades de la primera son o no susceptibles de cifrarse, en términos meramente aditivos, a la de sus partes componentes, cuestión que, por su lado, está subordinada a la forma como se comprende la *generación* de las acciones conjuntas. Esto último designa el problema de su método composicional; es decir, el problema acerca de qué es aquello que determina que el comportamiento discreto de varios sujetos pueda describirse (adicionalmente) como una acción conjunta, en lugar de

⁶¹⁶ A pesar de que las acciones conjuntas no son menos *propias* que las acciones individuales, sí cabe reparar, por de pronto, en que la primera descripción bajo la cual viene en consideración la acción desplegada por un sujeto es la individual, pues la disponibilidad de una lectura colectiva —bajo la cual su comportamiento se inserta en un set de acciones— es estrictamente contingente.

⁶¹⁷ Sobre la diferencia entre objeto y base de imputación, véase KUTZ, *Complicity*, pp. 4, 115 y s., 122; MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 26 y s. Al respecto, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.2.1.

un mero set de acciones individuales uniformes⁶¹⁸. Resolver este asunto no es precisamente sencillo dada la variedad de alternativas en lo que concierne a herramientas de generación de acciones, diversidad que incrementa notoriamente si se consideran los múltiples principios de composición y descomposición que pueden servir a la explicación de relaciones mereológicas (las relaciones del todo con sus partes, y de las partes entre sí)⁶¹⁹. Por su estrechez inmediata con la dogmática de la coautoría, aquí el análisis se concentrará preferentemente en explorar qué validez general podría reclamar la causalidad, en el contexto de la generación de acciones conjuntas, y qué otro mecanismo composicional podría venir en consideración como alternativa.

Una seductora (por altamente intuitiva) razón para atribuir alguna acción conjunta a varios sujetos es que individualmente contribuyan a la producción del resultado que de aquella se predica. Aplicando fundamentalmente la tesis de “grano fino” de Goldman a propósito de la *individuación* de acciones, Chant ha propuesto parangonar la *generación* de acciones individuales a las conjuntas, afirmando que estas últimas, como algunas las primeras, son acciones de nivel superior o complejas que se generan a partir de acciones de nivel inferior o básicas, y que una vía —para dicha autora, la principal— por la cual una acción genera otra es, precisamente, la generación causal⁶²⁰. Sin embargo, para que esta última realmente dé lugar a una acción conjunta sería necesario que, además, el resultado obtenido de la conjunción de las acciones individuales esté “por encima de” (“*over and above*”) los efectos que dichos comportamientos por sí solos producen. Esto último ocurre, de manera paradigmática, en los casos de “causalidad cumulativa”. En cambio, según Chant, cabría excluir una relación causal puramente lineal o aditiva, en donde los comportamientos involucrados no se amplifican entre sí⁶²¹. Así y todo, como enseguida se verá, el rendimiento explicativo de la generación causal es limitado.

Una significativa fuente de inconvenientes para la aplicación de la generación causal a las acciones conjuntas deriva de que, en realidad, dicho mecanismo es un método de descomposición, que, en tanto que análisis retrospectivo, supone conocer de antemano “el todo” respecto del cual desea averiguarse qué individuos fungen como partes apropiadas. Desde esta perspectiva, dos o más sujetos no podrían actuar conjuntamente

⁶¹⁸ Como se señala en el texto, el argumento sobre la composición de una acción conjunta está referido a la forma en que se genera una acción de dicho tipo, por lo que no discurre en la misma dirección que la tesis composicional sobre *individuación* de acciones, como la propuesta por GINET, *On action*, pp. 49 y ss., y que conduce a afirmar que los distintos resultados predicables de una misma acción (sea individual o conjunta) pueden considerarse partes componentes de ella. Como se ha señalado anteriormente, sobre este último punto, aquí se defiende una tesis “extensionalista” o “minimizadora”.

⁶¹⁹ Por ejemplo, la suplementariedad, la complementariedad, el atomismo, la suma, la identidad, etc.

⁶²⁰ CHANT, «The Special Composition Question in Action», *Pacific Philosophical Quarterly*, 87 (2006), pp. 425 y ss. Junto con la generación causal, Chant reconoce también las generaciones convencional e intencional, aunque confiriéndoles un menor grado de importancia.

⁶²¹ CHANT, *Pacific Philosophical Quarterly*, 87 (2006), pp. 427 y ss.

hasta que se verificara un determinado resultado, comprobándose en este la incidencia causal directa de los comportamientos de aquellos sujetos; de este modo, el estatus de un suceso como acción conjunta siempre pasaría a ser dependiente de la comprensión epistémica de algún observador⁶²², perdiéndose de vista, empero, que el resultado solo condiciona las posibles descripciones verdaderas que admite cierta acción. El ejemplo de Searle antes mencionado —del grupo de personas que corren al mismo sitio al interior de un parque— muestra que, en términos puramente objetivos, una acción conjunta y un comportamiento meramente colectivo pueden ser idénticos. Pero más importante aun: la producción de un determinado resultado es un evento del cual depende que cierta acción sea susceptible de ser descrita como productiva de ese resultado, pero antes de que ello tenga lugar, esa acción precisamente ha de existir.

Dicho lo anterior, hay casos paradigmáticos de coautoría que no pueden explicarse a partir de una operación meramente agregadora de acciones individuales, en tanto en cuanto la supresión o modificación de alguna de estas no solo determinaría una alteración en el comportamiento eventualmente objeto de una imputación, sino también en el significado de la acción de el o los demás coagentes. Formulado en breve: el cambio en un factor modificaría el resultado de la ecuación y, además, el de la o las demás variables en liza. Volviendo al ejemplo prototípico de coautoría en división de labores heterogéneas: si *A* ejerce una acción de intimidación en contra de *C*, mientras que *B* realiza la acción de apoderamiento, la eliminación del comportamiento de *A* o *B* necesariamente impacta en la valoración del comportamiento (ahora individual) del otro. Lo importante es notar que, aun cuando en casos como los descritos la reunión de acciones produzca un resultado que se encuentra “por encima de” la mera suma de lo ejecutado individualmente por los sujetos, todavía se precisa de una explicación acerca de *por qué* dicho suceso podría atribuirse a tales coagentes en tanto que acción conjunta. La generación causal es un mecanismo necesariamente limitado por el hecho de que, si no anula —porque falla el establecimiento de dicha conexión causal—, posterga el interrogante acerca de las propiedades que determinan el surgimiento de una tal acción conjunta, toda vez que el análisis causal tiene capacidad descriptiva (informa qué ha sucedido), pero no fundamenta una relación de agencia (por qué lo sucedido puede atribuirse a alguien). Por otro lado, y en contra de la conclusión a la que habría de conducir la propuesta de Chant, incluso cuando los comportamientos individuales yazgan en una relación causal lineal (sin que exista un resultado que esté “por encima de” su mera adición), y, con ello, pese a que la supresión de un factor solo alteraría el saldo, mas no el valor de la otra variable, podría, sin embargo, existir una acción conjunta. Así, si *A* y *B* causan lesiones graves a *C* por la vía de una golpiza en la que ambos toman parte a través de acciones que autónomamente

⁶²² Así, críticamente, SCHWEIKARD, *Der Mythos des Singulären*, pp. 103 y 125.

son susceptibles de satisfacer la descripción del tipo agravado de lesiones, con mayor razón surge la necesidad de encontrar una explicación forzosamente no causal respecto de la posibilidad de que ambos comportamientos constituyan una acción conjunta.

Como se ha visto, toda acción conjunta se compone de acciones individuales, empero, justamente porque la causalidad no es un expediente idóneo a la hora de individuar una concreta acción conjunta, las consideraciones previas permiten sustentar la hipótesis de que las acciones de esta última índole no son reductibles a la mera suma de sus partes o a la agregación de los resultados que ellas individualmente causan. Pero existe otra vía que permite compaginar el carácter compuesto con la irreductibilidad de toda acción conjunta, a saber: definir las como entidades cuyas propiedades son *emergentes* con respecto a las acciones individuales que las componen. Una peculiar relación como la descrita se torna reconocible por la existencia de una fuerte dependencia de tipo organizacional de las partes al todo, pues de ello depende su condición de “parte-apropiada”⁶²³.

Según una tesis que aquí se sigue, y que habrá oportunidad de desarrollar, esto último depende de la posibilidad de reconocer en el comportamiento de los potenciales coagentes la adopción de compromisos cognitivos y prácticos compartidos, esto es, abrazados bajo un “*modo-actitudinal-nosotros*”. La atribución (basada en la previa asunción) de tales compromisos permite realizar el tránsito desde un set de acciones discretas a una acción propiamente conjunta. Esto posibilita, con un trivial ejemplo, que dos personas que caminan la una al lado de la otra por una alameda, no solo estén caminando, sino que además lo hagan conjuntamente. En este último ejemplo, el comportamiento conjunto no es reducible a la mera suma de las acciones individuales de los caminantes.

En términos estructurales, se trata de una diferencia relativa a la *forma de disposición* de las partes componentes: en las acciones conjuntas, las acciones individuales que generan este todo unitario se encuentran intencionalmente dispuestas de la manera en que lo están. Según se verá a propósito de los presupuestos de la coautoría, qué propiedades específicas han de reunir tales aportes —así, intencionalmente dispuestos— para ser considerados “partes de una acción conjunta”, es una cuestión doblemente sensible al contexto⁶²⁴, pues la noción de “parte apropiada” está irremediablemente condicionada a la clase de “todo” a cuya composición contribuye, mientras que los niveles de interdependencia organizacional de las partes entre sí, por otro lado, también son dependientes de la complejidad de la entidad (en este caso, la acción conjunta) que generan. Mientras más

⁶²³ En contraposición a la agregatividad, en donde las propiedades de un sistema tendrían que depender de las propiedades de las partes en un sentido atomístico fuerte. Cfr. WIMSATT, «Emergence as non-aggregativity and the biases of reductionisms», *Foundations of Science*, 5 (2000), pp. 272 y ss.

⁶²⁴ En este sentido, en referencia al carácter representativo de la contribución de cada coautor, véase MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, p. 46.

compleja es la entidad compuesta, menos esenciales las partes que la componen; si la entidad compuesta es básica, entonces se requiere una contribución esencial.

Lo señalado hasta el momento permite precisar la nota de irreductibilidad que toda acción conjunta exhibe respecto de las acciones individuales que la componen. La lectura unificadora de una acción conjunta compuesta por varias acciones individuales, por un lado, y la lectura atómica de cada una de estas partes, por el otro, no son coextensivas. Lo anterior se manifiesta, desde ya, en la distinta significación externa que podrían exhibir, individualmente consideradas, las partes componentes de una acción conjunta —sea que se trate de acciones constitutiva o causalmente conjuntas⁶²⁵—, pero especialmente en la diferencia intensional que aportan la presencia de un compromiso doxástico y práctico compartidos, atributos no reducibles a la suma de las creencias e intenciones individuales de los agentes en cuestión.

Lo dicho hasta el momento supone asumir un compromiso fuerte con una comprensión según la cual el diseño de las acciones individuales se nos ofrece como una herramienta necesariamente insuficiente en términos explicativos —un procedimiento por analogía no basta— de cara al tratamiento de acciones estructuralmente más complejas, como son las acciones conjuntas. Qué consecuencias pueden extraerse de esto para la relación entre coautoría y autoría directa es un asunto sobre el que se volverá próximamente. Al analizar ciertas constelaciones causales problemáticas que suelen tematizarse a propósito de la coautoría, habrá igualmente ocasión de recuperar el desiderátum cuya aplicación al ámbito de las acciones conjuntas hasta ahora ha intentado sustentarse: las acciones conjuntas no solo son algo más, sino algo distinto de la (mera) suma de sus partes.

II. Panorama sinóptico de la discusión jurídico-penal: principales teorías en torno al fundamento de la coautoría

Utilizando como telón de fondo las categorías acabadas de examinar y, especialmente, la querella que en el marco de la teoría analítica de la acción libran tesis reductivistas con otras unificadoras y/o colectivistas de la noción de acción conjunta, se repasarán en lo sucesivo algunas de las principales elaboraciones teóricas de la coautoría. Puesto que sería inoficioso trasuntar contenidos que en sus líneas básicas han sido analizados en la

⁶²⁵ Como se señaló al inicio de este capítulo, existen ciertas acciones conjuntas gobernadas por patrones convencionales, en cuyo caso cabría hablar de acciones constitutivamente conjuntas; en cambio, hay otras acciones conjuntas en las que la reunión del comportamiento de varios produce un determinado resultado. Por razones ya señaladas, solo los patrones convencionales, mas no la causalidad, representan mecanismos de unificación agencial. Sobre las diferencias entre una relación constitutiva y una relación causal, véase SEARLE, *Making the Social World*, pp. 50 y ss. Sobre la constitución de acciones compuestas mediante patrones convencionales (en las que, por lo tanto, el vínculo entre las acciones que la componen no es causal, sino que está mediado por reglas), véase DANTO, *Analytical Philosophy of Action*, p. 29.

Primera parte de esta investigación⁶²⁶, y solo a reserva de recapitular aquello que resulte indispensable para efectos de la exposición que sigue, el enfoque se cifrará en la forma en que tanto algunas de las construcciones dogmáticas revisadas en su momento, como otras que en este apartado se agregarán, razonan el fundamento y la estructura de la coautoría —especialmente, si lo hacen subordinándola a los términos de la autoría directa o si, por el contrario, privilegian su índole constitutiva—, para de este modo someterlas a una ulterior revisión crítica, valorándolas, primero, desde una consideración individual, y contraponiéndolas, luego, a partir de una mirada de conjunto.

1. Comprensiones predominantemente reduccionistas de la coautoría

1.1. Teorías objetivo-formales: breve recapitulación

La premisa cardinal de toda teoría objetivo-formal de la autoría reside en que solo es autor quien realiza o ejecuta en todo o en parte la acción descrita en el tipo. Como se sabe, y según fuese examinado aquí en su momento, esta teoría se ramifica en diversas variantes de acuerdo con la forma específica en que se articula aquella idea seminal. Las dos vías ortodoxas conocidas al efecto son la tesis de las acciones ejecutivas y la de la subsunción típica, las cuales, respectivamente, conducen a afirmar que solo podría ser coautor quien ejecuta un comportamiento que al menos cuenta como inicio de tentativa, o bien, acciones que realizan siquiera “en parte” la acción descrita en el respectivo tipo. Entre sus formulaciones alternativas en la discusión hispanohablante, y especialmente en lo referido a la coautoría, pueden registrarse el criterio de la capacidad lesiva directa contra el bien jurídico, defendido por Gutiérrez Rodríguez⁶²⁷, la propuesta de García del Blanco, próxima a la de la subsunción típica, pero suplementada por criterios de imputación objetiva⁶²⁸, como también, aunque con ciertos matices, la teoría de la determinación positiva compartida o conjunta del hecho, especialmente en la línea patrocinada por Díaz y García Conlledo⁶²⁹.

En la dogmática alemana pueden reconocerse también algunas tesis que comparten los presupuestos cardinales de la teoría objetivo-formal, pero que son desarrollados desde la

⁶²⁶ Véase *supra* Cap. Segundo, apdo. I.2.

⁶²⁷ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 461 y ss.

⁶²⁸ GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, pp. 344 y ss., 636 y ss.

⁶²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «“Coautoría alternativa” y “coautoría aditiva”, ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 322 y s. Al menos en la coautoría, la determinación objetiva y positiva del hecho se acerca más a la teoría objetivo-formal de la subsunción, en tanto en cuanto se parte de la premisa de que “autoría no puede ser otra cosa que la realización del correspondiente tipo de la Parte especial”. En concreto, la coautoría vendría determinada por la “realización conjunta de la acción típica nuclear por más de un sujeto”.

teoría de las normas. Por ejemplo, Stein discurre en torno a normas de comportamiento de coautoría (*mittäterschaftlichen Verhaltensnormen*)⁶³⁰, que sirven a la protección de los mismos bienes jurídicos que las normas de comportamiento referidas a las demás formas de intervención delictiva, de las que se diferencian solo por la especie del curso causal potencialmente productivo del resultado. Por su lado, Freund y Rostalski entienden que el § 25 II StGB crea un nuevo tipo penal. Sobre la base de que los tipos de la Parte especial no pueden aplicarse directamente cuando el hecho es perpetrado en división del trabajo por sujetos que no satisfacen por sí mismos los presupuestos de la autoría individual, Freund y Rostalski sostienen que, para captar tales casos, y en conexión con la respectiva norma de sanción referida al autor individual (*Alleintätersanktionsnorm*), el § 25 II StGB establecería una norma de sanción referida al coautor (*Mittätersanktionsnorm*)⁶³¹.

Según lo señalado en su momento, para la mayoría de las teorías objetivo-formales, preguntarse por la autoría equivale a interrogar por el carácter típico de un comportamiento. En lo que a la coautoría concierne, la única singularidad vislumbrada radica en la necesidad de que dicho requisito común sea cumplido en la persona de todos los (bajo estos ceñidos términos) coautores. De ahí que sea perfectamente plausible aseverar que este grupo de teorías constituye el modelo más común de reduccionismo metodológico en la intervención delictiva, escenario en el que la comprensión de la coautoría, en tanto que fenotipo de una autoría directa (“parcial” o “incompleta”) que se multiplica, queda subordinada a los criterios de esta última. Pues, frente a la pregunta acerca de por qué un sujeto viene en consideración como coautor, resulta evidente que la respuesta coincide con la que se proporciona a propósito de la autoría individual.

1.2. Coautoría como combinación de autoría directa y autoría mediata

Si las teorías objetivo-formales encarnan el ejemplo más conspicuo de tesis reductivistas de la coautoría, las que la razonan como el resultado de una combinación de los elementos de la autoría directa y de la autoría mediata acaso representen su versión más ilustrativa. En términos básicos, la idea medular reza como sigue: cada coautor es autor directo con respecto a la parte que ejecuta de propia mano, en tanto que es autor mediato con relación al aporte suministrado por su compañero. Para dicha lectura, sin embargo, es necesario recurrir a una noción de autoría mediata meridianamente diversa de la ortodoxa; bien porque ya el propio principio de responsabilidad impediría considerar como instrumento a un sujeto que al mismo tiempo obra como autor, bien porque, aun bajo la controvertida premisa de que el “sujeto de delante” puede ser (también) un sujeto responsable por ese mismo hecho, la condición de autor mediato que se predica de un coautor así concebido

⁶³⁰ STEIN, *Die Strafrechtliche Beteiligungensformenlehre*, pp. 313 y ss., p. 322.

⁶³¹ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 10/155, 159 y 161.

tampoco acaba de casar con la comprensión tradicional del “sujeto de atrás”. Pues para que este último se encuentre efectivamente “atrás del hecho” no ha de realizarlo (siquiera parcialmente), pese a lo cual se lo tiene como autor directo en lo que respecta al aporte que presta de propia mano.

A pesar de exhibir menor difusión actual, esta tesis hace gala de un antiguo y célebre precursor en Hälschner, quien comprendía la estructura del complot —en tanto que auténtica manifestación de coautoría— como una relación de complicidad recíproca, en la que, para la realización de una intención común, cada interviniente vería en la acción auxiliar de los demás a un cómplice⁶³². En cambio, y acercando ya ambas estructuras de autoría, para Binding “el reconocimiento de la coautoría implica siempre el reconocimiento de autoría mediata”, en la medida en que, para la realización del tipo, cada autor mediato se sirve de la colaboración de uno o más autores directos⁶³³. De esta manera, lo peculiar del caso radica en que se configura una convergencia entre actuaciones ejecutadas de mano propia y otras por mano ajena, convergencia que, sin embargo, no es pura coincidencia o fruto del azar, sino de una división de roles acordada. Todavía algunas obras generales se hacen eco de este método explicativo⁶³⁴.

Actualmente, uno de los adalides del retorno a esta concepción de la coautoría es Haas, para quien la estructura de dicha modalidad de intervención delictiva puede explicarse bajo los términos de una representación recíproca, cuyo fundamento de imputación, empero, solo podría hallarse en una decisión conjunta al hecho garantizada por el mandato mutuo que se otorgan los coautores, de tal manera que su aporte a ese hecho se entienda prestado también a nombre ajeno⁶³⁵. De cara al interrogante de cómo seguiría siendo posible trazar una demarcación entre la coautoría y la figura de la inducción, advierte Haas que la respuesta descansa en reconocer en el mandato (como también en la orden) una forma de autoría mediata, como caso especial en que el “inducido” representa al “inductor”. Desde este punto de vista, no determina ninguna diferencia relevante el hecho de que la representación descansa en un encargo, una orden o en la mera coacción —paradigma de autoría mediata—, pues todas ellas habilitarían la imputación extraordinaria del comportamiento del “sujeto de delante”⁶³⁶. La subordinación del mediador del hecho

⁶³² HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht*, pp. 384 y ss., especialmente p. 392. Al igual que otros autores de la época, Hälschner trabajaba los presupuestos del complot, en tanto que manifestación de coautoría, en contraposición con los de la así llamada “coautoría casual” (*zufällige Miturheberschaft*).

⁶³³ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, pp. 158 y ss., 169, presentando esta tesis como una consecuencia de la repartición de roles; EL MISMO, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 277, 285 y ss.; EL MISMO, *Die Normen*, t. IV, p. 622, quien, a propósito de la coautoría imprudente, insiste en contraponer una autoría imprudente inmediata y otra mediata.

⁶³⁴ Por ejemplo, EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12ª ed., 2016, § 25/53, refiriéndose a una autoría mediata recíproca.

⁶³⁵ HAAS, *ZStW*, 119 (2007), pp. 534 y ss.; EL MISMO, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 112 y ss.

⁶³⁶ Cfr. HAAS, *ZStW*, 119 (2007), p. 542; EL MISMO, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 113, 128 y 144.

bajo la forma de tal encargo, orden o coacción a la voluntad objetivada del autor mediato, junto con la autorización prestada por este último respecto del comportamiento del “sujeto de delante”, permitirían que *de iure* le sea imputado como propio un comportamiento que *de facto* es ajeno⁶³⁷. De esta manera, el ámbito de aplicación de la inducción habría de quedar reservado a los casos en que únicamente se aconseja el hecho al autor, provocando la resolución de este en dicha dirección (*consilium*)⁶³⁸.

Es frecuente que estas últimas reformulaciones de la coautoría sean asociadas a las antiguas teorías subjetivas de la autoría: ora, porque la calidad de coautor sería independiente de la importancia del aporte respectivo⁶³⁹, de manera que dicha condición se adquiriría exclusivamente a partir de lo que el “sujeto de delante” realiza; ora, porque, en sintonía con las tesis subjetivas más ortodoxas, ya la mera voluntad de un sujeto podría convertirlo en autor mediato⁶⁴⁰. Aunque tiene cierto asidero, sobre todo tratándose de formulaciones resueltas en este último sentido, como la de Binding, la conexión trabada entre las tesis recién sintetizadas y las de corte subjetivo es, sin embargo, puramente contingente. Pues, por una parte, el retorno al viejo criterio del *animus auctoris* no es necesario, en tanto en cuanto la calidad del autor mediato dependa no de la disposición interna en el sujeto, sino de que efectivamente se sirva de otro como medio (aunque sin llegar a instrumentalizarlo). Si se reconsiderara, por otro lado, el carácter recíproco del mandato que fundamentaría la coautoría como una (en tal sentido) realización conjunta del hecho, tampoco sería efectivo decir que la condición de coautor necesariamente devenga insensible de cara a la calidad del aporte prestado.

Ahora bien, según se anticipó, a todas estas formulaciones subyace una comprensión de la autoría mediata que supone una significativa alteración de la forma en que usualmente dicha figura ha sido entendida, en la medida en que falta en los casos de coautoría un sujeto que obre propiamente como instrumento⁶⁴¹. Con pleno acierto, Peñaranda Ramos ha puntualizado a este respecto que, desde tales coordenadas, la noción de autor mediato ha de ser discernida más bien bajo los términos de la antigua categoría del autor intelectual⁶⁴². Sea como fuere, tras la reformulación de la coautoría como hipótesis de autoría mediata recíproca late una patente vocación individualizadora de la autoría, toda

⁶³⁷ HAAS, *ZStW*, 119 (2007), p. 542. En cambio, la diferencia entre autoría mediata (y, con ella, entre coautoría) y participación reside en que la primera permite la imputación de un comportamiento ajeno, pero no de un injusto ajeno (cfr., *ibidem*, p. 543).

⁶³⁸ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 111.

⁶³⁹ Así, SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/177.

⁶⁴⁰ Así, ROXIN, *PG*, t. II, § 25/243. Cfr. HAAS, «Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft», *JR*, 3 (2014), p. 113, quien clarifica que no se trata de que un sujeto adquiera la calidad de autor solo porque quiera comportarse como tal, pues la delegación es un supuesto de hecho explicable a partir del mundo externo.

⁶⁴¹ Que el otro coautor no puede ser visto como un “instrumento” en sentido estricto, ya que no asume un rol subordinado, lo precisa EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., 2016, § 25/53.

⁶⁴² PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 185, nota 206.

vez que conduce a proclamar la existencia de solo dos clases: la directa y la mediata, en circunstancias de que ninguna de ellas da lugar a una relación de intervención delictiva.

1.3. Coautoría como inducción recíproca

Una vía distinta de concebir la coautoría, aunque muy próxima a la antes reseñada, es la que la desenvuelve en tanto que supuesto de inducción recíproca. Desde esta perspectiva, sin embargo, el acento se centra básicamente en el hecho de que, a través de la manifestación de su aceptación en orden a emprender su parte de la acción conjunta, cada coautor, a la vez, estaría determinando a su camarada a que realice la propia. Esta tesis fue defendida en sus líneas cardinales ya por Feuerbach—aunque, como se verá, en el contexto de la doctrina del complot⁶⁴³, mientras que halla en Puppe una de sus principales representantes en la actualidad.

Al socaire de una fórmula que ya se ha granjeado celebridad en el debate especializado, Puppe ha hecho radicar la esencia de la inducción en un llamado “pacto de injusto” entre inductor e inducido⁶⁴⁴. Trasladado al ámbito de la coautoría, a través de semejante pacto, cada autor (coautor y a la vez inducido) queda subordinado a la voluntad del inductor, el cual detentaría, por así decirlo, una suerte de “dominio de la motivación”, en cierto modo, equiparable al del autor mediato⁶⁴⁵. Ahora bien, según Puppe, la propia formulación de esta tesis presupone manejar un concepto de inducción distinto al de la doctrina dominante: según este último, inductor es quien proporciona el primer estímulo para la realización del hecho. Dicha noción ortodoxa se funda en una relación asimétrica, pues, de las dos personas involucradas, “solo una puede ser inductora de la otra, pero no simultáneamente a la inversa”⁶⁴⁶. En cambio, lo característico del coautor descansaría en que esta clase de inductor provoca la decisión al hecho por parte del (otro) autor por la vía de poner a su disposición, para su perpetración, todo lo demás que, según el caso, sea necesario hacer u omitir. En tal sentido, se advertiría una diferencia crucial con las formas de inducción al uso, por cuanto, aquí, el inductor motivaría al (co)autor mediante la

⁶⁴³ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, § 46 y ss.

⁶⁴⁴ PUPPE, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, 6 (2007), p. 242. Cfr. STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern* (§ 25 Absatz 2 StGB), 2015, pp. 79 y ss., quien concibe el nexos intersubjetivo entre los coautores como una sugestión recíproca que influye en sus respectivas voluntades. Por otra parte, según SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/129, dado que la reconstrucción de la coautoría como inducción recíproca conduce a una autoría recíproca, también sería equiparable a la tesis de la autoría mediata recíproca. Frente a ello, y a pesar de que ambos planteamientos supongan una reformulación de los conceptos estándar de autoría mediata e inducción, cabría reparar en que la reconducción de la coautoría a la estructura de la autoría mediata tiene una vocación eminentemente adscriptiva, ya que busca explicar cómo es que un hecho ajeno puede atribuirse como propio, mientras que la propuesta liderada por Puppe, construida desde una mirada suspicaz del principio de imputación recíproca, persigue, en cambio, especificar las condiciones en que habría de tener lugar el plan conjunto del hecho.

⁶⁴⁵ Cfr. SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/129.

⁶⁴⁶ PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 235.

confirmación de su propia intervención en el hecho, mientras que el *plus* de una intervención equiparable en fase ejecutiva haría del coautor un inductor cualificado⁶⁴⁷. Con respecto a la situación del *omnimodo facturus*, Puppe precisa que, en virtud de nuestras experiencias psíquicas, las decisiones que adoptamos pueden venir influidas tanto mutuamente como determinadas por nosotros de manera autónoma. Tratándose del *omnimodo facturus*, empero, ocurre algo peculiar: el sujeto se ha decidido tanto tiempo atrás a cometer el hecho, que dicha decisión está presente, por así decirlo, como un estado permanente en la persona⁶⁴⁸.

Como podrá intuirse, asumir una comprensión destacadamente restrictiva de la figura del *omnimodo facturus*, como la recién descrita, aparece prácticamente forzoso, pues nada extraño sería que el estímulo proporcionado por el coautor (*qua* inductor) a su compañero se limite nada más que a fortalecer una decisión ya adoptada. De no darse lugar a la inducción en tales constelaciones, resulta evidente que un importante número de casos de coautoría quedarían ayunos de explicación.

También Hoyer entiende la coautoría como un caso especial de inducción recíproca: “cada interviniente determina al otro a través de la confirmación de su propio aporte a su aporte [al del otro coautor]”⁶⁴⁹. Pues bien, semejante “empeoramiento” en la condición del inductor exige explicación. A decir de Hoyer, la diferencia no radica ni en un incremento del riesgo ni en una supuesta disminución en la capacidad de defensa de la víctima, como circunstancias anudadas a la realización conjunta del hecho, sino en el anuncio (*Ankündigung*) de la realización de un comportamiento antijurídico⁶⁵⁰. Así pues, la inducción obtendría su antijuridicidad del comportamiento que realiza otro, a quien el inductor ha determinado; en cambio, la antijuridicidad de la coautoría se derivaría del mismo comportamiento prometido, cuya expectativa de realización sería aquello que determina a otro a prestar su respectivo aporte al hecho⁶⁵¹.

A un lado el reparo terminológico de que, a causa de indagar la esencia de la coautoría en la génesis de la determinación al hecho, en lugar de razonarla bajo los términos de cómo se realiza el mismo, esta nomenclatura acabe por privilegiar la calidad de partícipes de los coagentes, en circunstancias que se trata de explicar una modalidad de intervención principal⁶⁵², la idea de una inducción recíproca persiste ligada a una lectura eminentemente individualizadora de la coautoría, al pretender reducir la explicación de

⁶⁴⁷ Cfr. PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 236; LA MISMA, *GA*, (2013), pp. 522 y ss.

⁶⁴⁸ PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 235.

⁶⁴⁹ HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/133.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, § 25/134.

⁶⁵¹ *Ibidem*, § 25/135.

⁶⁵² Con la terminología clásica, ello implica poner los *motores criminis* por encima de los *autores criminis*.

una acción conjunta a la posición de un mismo sujeto que desempeña distintos roles⁶⁵³. Dicho en breve: para comprender la coautoría bastaría considerar la perspectiva de un solo agente, que, por un lado, obraría como inducido, y, por otro, como inductor, de suerte que dicha lectura solo tendría que multiplicarse por el número de coautores en cuestión.

1.4. El dominio funcional del hecho: breve recapitulación

Pese a reconocer múltiples variantes, y acaso justamente por haber sido sometida a importantes revisiones como reformulaciones, la tesis central del dominio funcional del hecho con toda seguridad sigue hoy siendo predominante⁶⁵⁴. Esta vía de fundamentación de la coautoría, a veces referida también como un dominio conjunto del hecho, viene a designar que, en virtud de la división funcional del trabajo, son —aplicando la terminología roxiniana— varias las figuras centrales del suceso típico. El plan común, la esencialidad del aporte prestado por el coautor y la exigencia de que dicho aporte sea desplegado en la fase ejecutiva representan, desde su formulación inaugural en Roxin, las condiciones necesarias para que se entienda configurado dicho dominio funcional.

Concretamente, el dominio que caracterizaría a la relación entre los coautores, según Roxin, sería un dominio conjunto (o un co-dominio) del hecho⁶⁵⁵. El fundamento de este dominio descansa en la contribución esencial que, durante la fase de ejecución, ha de prestar cada coautor para la realización del plan del hecho: ello hace posible hablar del dominio conjunto del suceso⁶⁵⁶. Por otro lado, en pos de refinar el criterio en liza, otros autores han adicionado la necesidad de que dicha división del trabajo esté referida al tipo⁶⁵⁷, tras reparar en que la división del trabajo no es en absoluto privativa de la coautoría, ya que también puede advertirse en las formas de participación en sentido estricto⁶⁵⁸.

⁶⁵³ Esto queda patente en la (fundada) resistencia de PUPPE, *GA* (2013), p. 521, a entender la coautoría como una imputación de aportes tanto propios como ajenos.

⁶⁵⁴ Fundamental, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 307 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II § 25/188 y ss. Véase también BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 90 y s.; GROPP, *AT*, 4ª ed., 10/168 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 63 III; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/176 y ss. En la doctrina española, entre muchos, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 234 y ss., 250 y ss.; CEREZO MIR, *PG*, t. III, p. 212; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., p. 414; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 218 y ss.

⁶⁵⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 309: la peculiaridad de la coautoría reside en que cada individuo, en cooperación con los otros, domina el suceso global.

⁶⁵⁶ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 310 y ss.; EL MISMO, *PG*, t. II, § 25/188. Asimismo, Roxin descarta que el “dominio negativo”, entendido como la posibilidad que tendría cada coautor de hacer fracasar el plan mediante el retiro de su aporte, sea un factor que deba analizarse separadamente, pues se trataría de la contracara del aspecto positivo de la esencialidad de la contribución (cfr. *PG*, t. II, § 25/257).

⁶⁵⁷ Así, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pp. 369 y ss. Al respecto, ya RUDOLPHI, «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 383.

⁶⁵⁸ GRECO, «Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik», en JOERDEN/SCHUHR (coords.), *Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, 2019, p. 373,

A pesar de su adjetivación, y haciendo abstracción de consideraciones críticas generales ya registradas⁶⁵⁹, a esta modalidad de dominio del hecho también subyace una profunda impronta individualista en su forma de concebir la coautoría. El carácter funcional que se predica del dominio característico de la coautoría, y que permite recordar la importancia de la división de roles —aserto que, por cierto, no es patrimonio exclusivo del dominio del hecho⁶⁶⁰—, no debe distraer de que, en tanto que se trata del señorío de un hecho (y que, como todo dominio, implica disponibilidad del objeto), la terminología sigue siendo difícilmente conciliable con la autonomía de cada coautor⁶⁶¹, aun una vez rechazada la idea de un “dominio parcial”. Por otro lado, los tres requisitos clásicos que esta teoría aplica a la coautoría —haciendo abstracción del desacuerdo entre sus partidarios sobre la necesidad de intervenir durante la fase de ejecución—, en lugar de tener valor indiciario, se presentan como condiciones necesarias, sin clarificarse por qué solo de esa manera dos o más sujetos podrían dominar un hecho.

2. Comprensiones colectivistas de la coautoría

2.1. La antigua teoría del complot

Desde antiguo, un elemento que se acentuaba del complot era su especial peligrosidad. Como documenta Haas en su detenido análisis histórico de la coautoría, esta figura justamente comenzó desarrollándose sobre la base de la doctrina del Derecho común del complot, de la cual de manera muy gradual se fue emancipando⁶⁶². Así, se observa en Feuerbach, por ejemplo, para quien se trata aquí de un supuesto de concurrencia física e intelectual de autoría, al que identificara con la fórmula *societas delinquendi conjuratio*⁶⁶³; o en el pensamiento de Köstlin, quien incluso discurriera en términos de una responsabilidad solidaria de los coautores (bajo la forma del complot)⁶⁶⁴.

En líneas generales, la noción de complot evoca un pacto por medio del cual dos o más personas acuerdan la comisión de un delito. Dicho pacto opera como fuente directa de responsabilidad para quienes intervienen en él, y de ahí su autonomía con respecto a la

puntualiza que la diferencia seguiría estando en el hecho de que, mientras los aportes de los coautores han de ser recíprocamente equivalentes, el del cómplice está subordinado al de al menos un autor.

⁶⁵⁹ Al respecto, *supra* Cap. Segundo, apdo. I.2.2.3.

⁶⁶⁰ Destacando la relevancia del principio de división del trabajo para la coautoría, HANRATH, *Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)*, 1941, pp. 14 y 21.

⁶⁶¹ Cfr. ROBLES PLANAS, *Polít. Crim.*, 30 (2020), p. 1004, quien recientemente señala que la teoría del dominio del hecho “requiere de una *gran* ficción normativa” en la coautoría, pues no hay verdadero dominio de nadie sobre el conjunto. (Cursiva del original).

⁶⁶² HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 116 y ss.

⁶⁶³ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, § 46 y s.

⁶⁶⁴ KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, p. 347.

antigua categoría de la “coautoría casual” (*zufällige Miturheberschaft*), manifestación de coautoría que, en cambio, sí requería que cada agente contribuyese objetivamente al hecho⁶⁶⁵. Como señala Peñaranda Ramos, la única limitación a regir con respecto a una figura así delineada estaba designada por el plano de igualdad que habría de existir entre sus miembros, equivalencia dada por la consecución de un interés común y que determinara, en definitiva, la imposibilidad de incluir en el complot a quien, como cómplice, se comprometía nada más que a colaborar a fines ajenos. Por ello, de nuevo con Peñaranda Ramos, podría concluirse que la teoría de la intervención de los hegelianos, en gran medida, descansa en la idea de que la realización de una sola acción punible por varios sujetos está supeditada a la cualidad de su disposición anímica⁶⁶⁶.

Las antiguas tesis favorables a una inducción recíproca únicamente constituyeron una variante más en lo que concierne a la posible estructura que asumiría una tal conspiración para delinquir. La razón para ubicar a las teorías del complot dentro de las lecturas colectivistas de la coautoría descansa en el cariz marcadamente asociativo identificable en ellas, sin perjuicio de que la relación interna entre los participantes del complot a veces sea elucidada como una inducción o incluso una autoría mediata recíproca. Dicha nota probablemente haya alcanzado su versión más paradigmática en Berner. Según su comprensión del complot, este representa la manifestación de una “voluntad global”, que es el resultado del acuerdo de las voluntades individuales de distintos sujetos. Dado que una voluntad global solo es concebible como reflejo de un todo unitario, este último puede ser considerado como un “organismo espiritual”⁶⁶⁷. De ahí que las ideas de Berner constituyan un preclaro antecedente de las teorías del sujeto colectivo, a las que se hará mención enseguida.

2.2. La tesis del sujeto colectivo

Otra alternativa explicativa de la estructura de la coautoría consiste en discurrir sobre la base de un sujeto colectivo que ejecuta la acción a ser imputada a los coautores. En una línea precursora análoga a la de Berner, recién anotada, pueden hallar sitio aquí todas aquellas tesis que han equiparado a la coautoría con una suerte de consorcio delictivo, tal cual, por ejemplo, hubo de proceder Carrara⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Cfr. HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht*, pp. 385 y s.

⁶⁶⁶ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 168 y 199.

⁶⁶⁷ Cfr. BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, pp. 422, 428 y 443.

⁶⁶⁸ CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, t. I, § 450, 466 y 471. Una defensa más moderna de esta tesis puede encontrarse en ANTOLISEI, *PG*, 16ª ed., pp. 553 y ss., con su teoría del “fenómeno asociativo”, según la cual la responsabilidad de cada interviniente estaría fundada en su calidad de *socius sceleris*.

En la discusión contemporánea Joerden ha sido uno de los principales exponentes de esta tesis. Para ello, Joerden parte señalando que el sentido y objetivo de esta figura jurídica es posibilitar la imputación de los aportes individuales al hecho a aquel coautor que por sí mismo no lo ha ejecutado. Para fundamentar dicha imputación recíproca, Joerden señala que el complejo de coautores actuantes en división del trabajo puede ser comprendido como un colectivo que actúa como una y la misma persona, esto es, una persona colectiva⁶⁶⁹. En su opinión, ello exhibiría cuando menos dos ventajas: por un lado, superar dificultades probatorias en constelaciones en las que, por ejemplo, se sabe que uno de los coautores ha lesionado a la víctima, pero no, específicamente, cuál de ellos; por otra parte, conduce a la responsabilidad total, por el delito en su conjunto, de una persona integrante del colectivo que solo ha realizado una contribución parcial al hecho, en la medida en que a cada coautor puede imputarse como propio el comportamiento de los demás⁶⁷⁰. En aras de no prejuzgar una ulterior valoración, conviene precisar que la tesis en análisis no pregona la creación de una persona colectiva en sentido jurídico-penal, esto es, como eventual sujeto de imputación, ni, por ende, necesita engolfarse en problemas anejos, como el de una supuesta culpabilidad colectiva. Más bien, se trata —como el propio Joerden clarifica— de que cada miembro pueda ser responsabilizado por aquello que el colectivo realiza como un todo⁶⁷¹.

En una dirección similar, Renzikowski presenta a la coautoría como una “comunidad de personas” (*Personengemeinschaft*) a quien resulta imputable la obra conjunta como un todo unitario⁶⁷², sobre la premisa de que el sujeto de imputación del § 25 II StGB no sería cada interviniente con su aporte individual, sino los coautores como colectivo. Si bien es verdad que el punto de partida de cada juicio de imputación es la voluntad libre —dice Renzikowski—, ello no excluye la responsabilidad de un colectivo, si “varios individuos a través de una convergencia de voluntades pueden constituir una *persona moralis*”⁶⁷³. De este modo —según propone Renzikowski—, se evita incurrir en una infracción del principio de propia responsabilidad, y, a modo de corolario, en lugar de hablar de una representación recíproca, podría afirmarse de modo más exacto que “cada coautor representa al proyecto de acción conjunta”⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ Cfr. JOERDEN, «Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven», en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 137.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 138.

⁶⁷¹ JOERDEN, *Strukturen*, p. 79, con nota 191. Véase también MYLONOPOULOS, «Inicio de la tentativa y coautoría», en EL MISMO, *Dogmática penal en un contexto internacional* (trad. García de la Torre), 2017, pp. 46 y ss., quien patrocina una visión similar de la coautoría, entendida como una conducta unitaria realizada por “una persona multipersonal”, para lo cual se basa en parte en las investigaciones de Margaret Gilbert y Raimo Tuomela, a las que se ha hecho mención anteriormente.

⁶⁷² RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 101.

⁶⁷³ RENIKOWSKI, «Die fahrlässige Mittäterschaft», *ZIS*, 2 (2021), p. 95.

⁶⁷⁴ RENIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/11 y s. Aunque recientemente RENIKOWSKI, *ZIS*, 2 (2021), p. 96, precisa que, en realidad, tampoco sería necesario recurrir a la idea de

Aunque a veces se cataloga dentro de este grupo de teorías a quienes proponen criterios alternativos que también enfatizan la necesidad de valorar conjuntamente la acción de los coagentes, especialmente por el camino de fraguar una comunidad normativa⁶⁷⁵, dicha ordenación no siempre acierta, ya que la afirmación de un hecho global no tiene por qué redundar necesariamente en un sujeto colectivo. Ello dependerá, por lo demás, del modo de proceder de cada teoría: esto podría ser, entendiendo que la acción conjunta constituye un colectivo⁶⁷⁶; o bien, a la inversa, que el colectivo, compuesto a partir de una voluntad o decisión común, precede ya a la acción conjunta, que, en virtud de semejante unificación de agentes, pertenece a una comunidad de personas⁶⁷⁷.

2.3. Coautoría como sistema simple de injusto

Al igual que la tesis del sujeto colectivo, que razona la coautoría desde arriba hacia abajo, su comprensión como sistema de injusto simple, pregonada por Lampe, estructuralmente representa un notorio ejemplo de lectura colectivista en clave normativa⁶⁷⁸.

A decir de Lampe, puede distinguirse entre “sistemas simples de injusto”, que se “organizan hacia un fin común a través de la voluntad de los individuos en ellos contenidos”, y “sistemas constituidos de injusto”, caracterizados por una configuración institucional duradera, independiente del cambio de sus partes. Según Lampe, lo característico del injusto de la coautoría, en tanto que “injusto del sistema”, es que sobrepasa el injusto de comportamiento aislado fundado en el actuar solidario; mientras que su peculiaridad, ahora, en tanto que “sistema simple de injusto”, radica en que no tiene por objeto la comisión de hechos más allá del que se perpetra⁶⁷⁹.

representación, ya que no es válida la objeción según la cual un colectivo solo podría justificar la imputación (de hechos) a ese mismo colectivo, y no a individuos (físicamente) distintos de él. Para ello —y siguiendo de cerca un planteamiento de Aichele— Renzikowski invoca la consideración formal de que, si las partes de una persona moral son personas físicas, cada acción que ellas ejecutan en su función de parte representa una acción del todo, y, por tanto, también de cada una de las partes individuales. Por esto, en definitiva, si una persona física es parte de una persona moral, y a esta persona moral se imputan hechos, para las personas físicas individuales tampoco se tratará de hechos ajenos.

⁶⁷⁵ De modo paradigmático, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 122, 189 y 191, para quien los miembros del grupo obran en persecución de un fin colectivo, que concierne a la comunidad. Según Lesch, el hecho se imputa a este colectivo, y de ahí lo innecesario de recurrir a las tesis del *animus auctoris* o *animus socii*, que carecen de significado autónomo.

⁶⁷⁶ Así opera Joerden, quien, como se señaló, recurre a la noción de sujeto colectivo fundamentalmente para efectos de explicar la imputación recíproca, es decir, en un paso analítico ulterior.

⁶⁷⁷ En esa dirección se deja interpretar la tesis de Renzikowski, en tanto en cuanto, una vez constituida la respectiva “*persona moralis*”, lo que ella ejecute desde un inicio puede entenderse como obra de todos quienes la han constituido.

⁶⁷⁸ Para esto y lo que sigue, LAMPE, «Injusto del sistema y sistemas de injusto» (trad. Gómez-Jara Díez), en EL MISMO, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, 2003, pp. 97 y ss.

⁶⁷⁹ LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, pp. 103 y ss., 107 y ss., 111 ss. Dado que lo simple o constituido es predicado del sistema (cfr. LAMPE, «Tätersysteme: Spuren

Por lo que hace al fundamento concreto de la calidad de coautor, Lampe recurre a la idea de “codominio” sobre el sistema que “comete” el hecho. En la medida que un sujeto ejerza una función de codominio sobre él, responderá en estricta correspondencia con su posición en el sistema. Con otras palabras, en contraposición con la doctrina dominante, para Lampe lo determinante es el dominio funcional del sistema antes que un dominio funcional sobre el hecho, y de ahí que la responsabilidad del coautor no necesite fundarse en una imputación de contribuciones ajenas al hecho. Así se puede comprender por qué, en principio, la construcción de una coautoría vertical no habría de exhibir mayores problemas: por un lado, las actuaciones materiales también podrían imputarse a los demás sujetos en tanto que funcionarios del sistema, y, por otro, quienes actúan en la fase ejecutiva, en realidad, obran a nombre del sistema⁶⁸⁰.

Posteriormente, sin embargo, la posición de Lampe ha experimentado cierta mudanza, especialmente en cuanto al aparato conceptual. En efecto, la atención de Lampe se ha concentrado ahora en el concepto de “poder”, en lugar del de dominio (aunque sin renunciar totalmente a este), por considerar que, en términos sociológicos, el primero de ellos designa de manera más exacta la relación existente entre autor y delito. Aún así, sigue discutiendo en términos de un sistema de autor, noción que permitiría fundamentar la responsabilidad individual del autor por la comisión sistémica de hechos punibles⁶⁸¹. En lo que concierne a la coautoría, interesa aquí la distinción introducida por Lampe entre “poder de hecho” (*Tatmacht*) y “poder de dominio” (*Herrschaftsmacht*): el primero de ellos designaría el potencial de un sujeto para producir un resultado típico, y que, tratándose del coautor que obra de propia mano, es solo parcial; el “poder de dominio”, en cambio, está vinculado con el poder del autor para imponerse sobre la esfera jurídica de protección de la víctima, aplicable cuando no hay autoría de propia mano⁶⁸².

2.4. Coautoría como mancomunidad normativa

Según se anticipó, la conjetura que declara el carácter unitario del objeto a imputar a los coautores no necesariamente se funda, ni ha de redundar, en la afirmación de un sujeto global. Una línea argumentativa de este talante puede rastrearse al criterio del “dominio de configuración”, como variante del dominio del hecho que en su momento defendiera Jakobs, y que, a partir de la idea de co-configuración, delineara ya en sus principales

und Strukturen», *ZStW*, 119 (2007), pp. 492 y s.), en el texto se utiliza la expresión “sistema simple de injusto”, en lugar de la de “sistema de injusto totalitario”.

⁶⁸⁰ Aunque Lampe rechaza la solución de coautoría vertical para sistemas de injusto totalitarios, cuyos rasgos, piensa él, se acoplarían mejor a la tesis roxiniana del “autor detrás del autor”. Cfr. LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, pp. 118 y ss., 145.

⁶⁸¹ LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), pp. 480 y ss.

⁶⁸² LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), pp. 483 y ss., 508 y ss.

contornos lo que hoy —tras un desarrollo no exento de crítica, pero consistente de tal postulado— se presenta abiertamente como un asunto de imputación objetiva⁶⁸³.

Esta veta teórica no tardaría en ser explotada por autores como Lesch⁶⁸⁴ y Derksen⁶⁸⁵, quienes profundizaran especialmente en el contenido comunicativo que se entiende ínsito a toda modalidad de intervención delictiva. Desde semejante perspectiva, el hecho que se constituirá luego en objeto de imputación aparece como una manifestación (conjunta) del quebrantamiento de la norma, y, en tal virtud, se revelaría siempre idéntica en contenido para todos los intervinientes. De lo anterior se sigue la posibilidad de fundamentar una “mancomunidad normativa”, entendida no en términos del surgimiento de un sujeto único, sino como un mensaje a través del cual los intervinientes expresan conjuntamente un “sentido delictivo”. En cambio, que un sujeto sea calificado como coautor o cómplice es materia de un análisis ulterior, que dependerá del peso de su aporte con respecto a un hecho que es el mismo para todos los intervinientes⁶⁸⁶. Gradualmente, esta última tesis ha ido adquiriendo una notable difusión en el debate hispanohablante, especialmente a partir de los trabajos de Robles Planas y van Weezel. Al respecto, puede aquí remitirse a consideraciones efectuadas en la *Primera parte* de esta investigación⁶⁸⁷.

Como bien nota Renzikowski⁶⁸⁸, una consecuencia importante que se deriva del tratamiento de la coautoría —y, en realidad, de la intervención delictiva en su conjunto— como un asunto de imputación objetiva reside en la renuncia, supuestamente por superfluo, del requisito de la decisión conjunta al hecho. Sin embargo, más relevante aun es el significado asignado a la accesoriedad, que pierde así parte del terreno que le ha sido tradicionalmente reservado en la participación, para reclamarlo en la coautoría⁶⁸⁹.

En síntesis, el nervio central de la tesis anterior puede resumirse del siguiente modo: “intervención es co-configuración de la ejecución”. De ahí que sea plausible conjeturar que las bases sobre las que se articula aquello que la doctrina dominante entendería por

⁶⁸³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 21/48 y s. Con respecto a la relativización del plan conjunto como elemento de la coautoría, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 275, DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *GA* (1993), p. 171.

⁶⁸⁴ A partir de una reinterpretación de la noción de “voluntad global” (*Gesamtwille*), manejada por penalistas de formación hegeliana, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 273, finalmente concluye que ella no es otra cosa que la contradicción de la norma objetivamente manifestada.

⁶⁸⁵ Centrando la atención —para la constitución de una relación de coautoría— en el contenido comunicativo del hecho, que no necesariamente debe coincidir con el punto de vista interno de los sujetos, DERKSEN, *GA* (1993), pp. 170 y ss. Véase también FALCONE, «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *Indret*, 3 (2017), pp. 20 y ss.

⁶⁸⁶ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, pp. 88 y ss., especialmente p. 92.

⁶⁸⁷ Cfr. *supra* Cap. Segundo, apdo. I.2.3.

⁶⁸⁸ RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, 8ª ed., t. II, § 49/20.

⁶⁸⁹ Véase, por ejemplo, VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 319.

coautoría, en este grupo de planteamiento, aparezcan como una línea transversal a la entera teoría de la intervención.

3. Ponderación crítica y reconsideración global

3.1. ¿Coautoría como una pluralidad de autorías individuales? En contra de una tendencia ortodoxa al isomorfismo

La íntima relación entre tipicidad y autoría profesada por las teorías objetivo-formales ya fue objeto de análisis en esta investigación⁶⁹⁰. Según se criticó entonces, la objeción fundamental que enfrenta esta tesis es la identificación entre las preguntas sobre el qué y el cómo se imputa. Pues su premisa cardinal —reconocible también en otras teorías—, según la cual candidato a coautor solo podría ser quien viene en consideración como un autor solitario, conduce a que esta figura sea razonada, punto por punto, bajo los términos de una pluralidad de autorías directas, en circunstancias de que una modalidad de autoría conjunta, en virtud de los postulados metodológicos de los que parte una teoría objetivo-formal, más bien tendría que ser reconstruida sobre la base de un déficit de tipicidad⁶⁹¹. Así, bajo este modo de proceder, la coautoría sería una relación entre (co)autores y no entre co-autores⁶⁹². Contra el reductivismo aquí objetado, el partidario de una teoría objetivo-formal estándar podría replicar que precisamente no es reductivista la operación de unificar comportamientos “parcialmente típicos”, para obtener de su conjunción el respectivo objeto de imputación. Pero aun así cabría insistir en que esa forma de proceder es reductivista en términos de que se busca en las partes una reproducción (imperfecta) de las propiedades que exhibe el todo, de manera que este acaba siendo una agregación; en el caso de la coautoría, se trataría de una pluralidad de autorías directas agregadas.

Es importante notar que, aun en los casos en los que el objeto de imputación se constituye únicamente a partir del comportamiento conjunto de dos o más sujetos —el ejemplo paradigmático es el robo en división de roles—, en contra de lo que sostendrían los partidarios de una teoría objetivo-formal al uso, ninguno de ellos realizaría un

⁶⁹⁰ Críticamente, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.1.

⁶⁹¹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 408, desde una formulación clásica de la teoría objetivo-formal, ya destacaba que cada coautor solo realiza “un fragmento de la acción ejecutiva” (*ein Stück der Ausführungshandlung*), y que, en cambio, es su comportamiento junto con el del resto lo que resulta subsumible en el tipo. Así, “coautoría es 'ejecución' conjunta = ejecución de acciones que pertenecen al núcleo del tipo” (*ibidem*, p. 397).

⁶⁹² En contra de ello, no es que dos o más sujetos sean coautores *porque* son autores (individuales); más bien, son autores *en tanto que* coautores. Bajo esta segunda formulación, la condición de autor superviene a la satisfacción de los presupuestos de los cuales depende el correspondiente criterio de autoría. Al respecto, véase la acertada crítica que BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 300, nota 57, dirigiera a un prototipo de lectura individualizadora de coautoría, como la de Birkmeyer, por la vía de reafirmar que el coautor no es ningún autor parcial (*Teiltäter*), sino un autor completo (*Volltäter*).

comportamiento “parcialmente típico” —en este caso, bajo la descripción del tipo de robo—, en virtud del carácter disyuntivo de las posibles respuestas obtenibles a partir de la operación de subsunción de una acción en cierta norma de comportamiento: satisfacer o no su supuesto de hecho, *tertium non datur*. Amén de que conceptualmente no caben realizaciones parciales de un tipo, es dudoso que la agregación de sendos déficits de tipicidad pueda contar como una realización típica perfecta.

Por indagar primero la índole típica de un comportamiento, como precondition para la atribución de la condición de coautor, en vez de constituir el objeto de imputación con cargo al cual habrá de averiguarse ulteriormente a quiénes podría haber responsabilidad a título de coautor, las teorías objetivo-formales generalmente razonan bajo los términos de una lógica retrospectiva de descomposición, que toma como objeto de referencia el resultado típico, y en la cual el todo tendría que corresponderse exactamente con la suma de sus partes. Pero esta forma de operar necesariamente devendrá problemática cuando no se cuente con dicho parámetro de referencia —por ejemplo, en la tentativa de delito o en los delitos de mera actividad— y en cualquier caso conocerá la limitación de no poder explicar la noción de acción conjunta: que dos o más sujetos sean coautores “porque” realizan conjuntamente el tipo no constituye realmente un fundamento de la figura⁶⁹³.

Por lo que concierne a las tesis que combinan autoría directa con autoría mediata para obtener como saldo la estructura de la coautoría, de manera previa, cabe registrar cierta ventaja en parangón con las teorías objetivo-formales estándar. Y es que, a despecho de su talante reductivista, el recurso a la autoría mediata pone en evidencia que la coautoría debe reconstruirse como un problema de imputación, pues ninguna funcionalidad operativa podría exhibir si se la razona como un mecanismo de comportamientos que son sin más propios. Como señalara Binding, contemplado el asunto ya *de lege lata*, el coautor no puede realizar de mano propia todo el tipo penal⁶⁹⁴. De ello, sin embargo, no se desprende que la coautoría deba rendirse a las formas de la autoría mediata: ambos criterios de autoría necesitan poner en relación el comportamiento de dos o más sujetos, empero, la distinta clase de relación agencial que subyace a ambas impide que pueda extrapolarse a alguna de ellas la estructura de la otra. En la autoría mediata, en virtud del traslado de una relación agencial, el hecho realizado por el “sujeto de delante” puede imputarse a título propio *únicamente* al “sujeto de atrás”⁶⁹⁵. Por otro lado, y unido a lo

⁶⁹³ Por ello, utilizando como paradigma la formulación de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 2ª ed., p. 190, no es evidente que el comportamiento del coautor sea “subsumible sin más” en el tipo respectivo, pues hace falta preguntar primero qué es lo que, más allá de su convergencia objetiva, habilita la subsunción de dos o más comportamientos como *acción conjunta* en el mismo tipo.

⁶⁹⁴ BINDING, *Grundriss*, p. 159; EL MISMO, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 353 y s. Aunque, dicho en forma más precisa, aquello que solitariamente no puede desplegar ningún coautor es la acción conjunta que realiza el tipo.

⁶⁹⁵ Sobre la estructura de la autoría mediata aquí favorecida, véase *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3.3.

anterior, la tesis de la coautoría como autoría mediata recíproca no permite que la primera recaiga sobre el quebrantamiento conjunto de una norma de comportamiento, pues, en ese caso, cada uno de los autores mediatos en cuestión realizaría un hecho distinto. Por esto, la que se comenta es una comprensión que sigue anclada a la idea de que las actuaciones de los coautores, consideradas las unas frente a las otras, representan comportamientos enteramente ajenos, y de ahí, también, que a tal visión subyazga la suposición de que la única forma de autoría concebible sería la individual. Por último, reducir la estructura de la coautoría a escenarios en donde el comportamiento de un sujeto se subordina al de otro, y viceversa, como formas de “explotación mutua”⁶⁹⁶, dejaría oculto que, aunque no sea conceptualmente indispensable, tras las relaciones de coautoría a veces existen proyectos de acción conjunta en los que la división del trabajo cumple una función eminentemente cooperativa, contingencia a la que debiese ser capaz de dar mínima cabida la estructura de la coautoría.

Por lo que hace a la tesis de Haas —quien la perfila sobre la base de que cada coautor, por así decirlo, gestionaría un negocio propio y ajeno a la vez⁶⁹⁷, para luego reconducir dicha explicación a la figura del mandato—, la principal dificultad reside en la contingencia de que perfectamente puede haber mandato sin representación, en circunstancias de que lo único que acaso justificaría recurrir a esta terminología sería patentizar que los efectos derivados de la actuación de un sujeto pueden quedar radicados en la esfera jurídica de otro. Es decir, no se trata de poner el acento (solo) en el encargo o en la autorización para que un sujeto obre a nombre de otro; pues bajo este sello podría presentarse a uno de los coautores como una figura puramente pasiva con respecto al aporte que despliega su compañero. En lugar de ello, se trata de establecer una relación entre los propios aportes, de manera que estos sean representativos no solo de los agentes, sino de lo que ellos, cada uno por su cuenta, separadamente hacen, y que, en virtud de tal conexión, admiten ser interpretados e imputados ulteriormente como una acción conjunta.

Estas dificultades se ven agravadas cuando la coautoría pretende ser dilucidada desde el aparato conceptual de una modalidad de intervención accesoria. Frente a ello, lo primero que cabría cuestionar es si el concepto de inducción se aviene o no con los elementos de la coautoría⁶⁹⁸. Como toda figura de participación, la inducción solo habilita una imputación unilateral, en la cual al inductor se imputa lo realizado por el inducido, mas

⁶⁹⁶ Bajo tales términos críticos, Korsgaard aludiría al riesgo de que los coagentes se traten recíprocamente como medios. Para una breve exposición y crítica del argumento, véase solo BRATMAN, *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*, pp. 100 y s.

⁶⁹⁷ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 112 y s.

⁶⁹⁸ Cfr. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 136, criticando el hecho de que no permitiría explicar todos los casos de coautoría y, aun así, tampoco aportaría una respuesta frente a la pregunta de por qué algunos casos especiales de inducción reciben un tratamiento especial. Como señala HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 128, sigue abierta la pregunta de por qué la confirmación del propio comportamiento antijurídico podría fundamentar la antijuridicidad del comportamiento de otro interviniente.

no a la inversa. Introduciendo una cláusula de reciprocidad en dicha formulación no se allana el apuro, pues, si con relación al hecho global el coautor obra en cierta parte como autor (inducido), y en lo restante como partícipe (inductor), este último fragmento no podría imputársele como hecho propio. Si, en efecto, inducir a otro no es un hecho típico —o no, al menos, bajo la descripción de un tipo de la Parte especial— parece problemático acudir a esta estructura para fundamentar la realización conjunta *del hecho*. Por todo esto, si, en comparación a la tesis de la autoría mediata recíproca, la de la inducción recíproca presenta la ventaja de que al menos reconoce la responsabilidad de ambos sujetos, en contrapartida, pierde congruencia al supeditar la coautoría a la estructura de una modalidad de intervención accesoria⁶⁹⁹.

Con todo y esto, contemplada en tanto que forma metafórica de expresar y delimitar el así llamado “elemento subjetivo” de la coautoría, la idea de inducción recíproca deviene en una herramienta de análisis de mayor interés que la bajo versión antes observada⁷⁰⁰. Pues, en virtud del uso prescriptivo del lenguaje del que suele servirse un inductor, y del que igualmente podría llegar a servirse un coautor, no debe descartarse de antemano la alternativa, enteramente plausible, de que uno de los coautores determine a otro que inicialmente manifiesta dudas o resistencias, y que luego, sabedor de la disposición a actuar del primero, acaba venciendo sus propias inhibiciones. Y es perfectamente posible, también, que ello ocurra de modo bilateral. En efecto, en la dinámica de la criminalidad conjunta el fenómeno aludido es sólito hasta el punto de que dicha intuición puede rastrearse a las antiguas tesis del complot, que creían ver en él un actuar más peligroso y todavía una suerte de obrar sobre seguro. De manera certera Lampe ha enfatizado el significativo factor psicológico que en los sujetos juega el miedo individual al fracaso, favoreciendo ello la opción de tomar parte en un comportamiento criminal “solidario”, en lugar de la alternativa, más arriesgada, de delinquir a solas⁷⁰¹. Asimismo, semejante extremo puede ser puesto en relación con el llamado “dilucionismo ético”, esto es, la disposición interna de los sujetos a suponer que la responsabilidad (moral) propia disminuye en la medida que emprendemos ciertos actos reprobables en compañía de otros⁷⁰². Pero, a pesar de todo lo dicho, el rendimiento de la tesis comentada, incluso

⁶⁹⁹ Como señalan SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/181, de esta manera acaba exigiéndose demasiado para la inducción y, en cambio, muy poco para la coautoría.

⁷⁰⁰ De hecho, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), pp. 237 y ss., la defiende con el propósito de enfatizar que la coautoría exige la constatación de un proceso comunicativo entre los coautores, con lo cual se limitan las posibilidades de admitir una coautoría en casos de acuerdo puramente tácito.

⁷⁰¹ LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, p. 108.

⁷⁰² Aspecto que también podría llegar a incidir en quienes tienen que efectuar el correspondiente juicio de demérito. Sobre este fenómeno, MELLEMA, «Shared responsibility and ethical dilutionism», *Australasian Journal of Philosophy*, 63 (1985), pp. 177 y ss. Se trata, por lo demás, de un interesante factor de análisis en la codelinencia juvenil, en donde se exacerban el afán de juego, placer y curiosidad por experimentar situaciones de riesgo. Advierte esto último, GUZMÁN DALBORA, «El delito de atentado contra vehículos en circulación» *REJ*, 25 (2016), p. 149.

reducida al elemento subjetivo de la coautoría, sigue siendo limitado. Ello no solo porque en supuestos como los descritos pueda aparecer en disputa la aplicación de otra figura accesoria —la complicidad psíquica—⁷⁰³, ni porque, por otro lado, de darse el caso que un coautor determine a un compañero, semejante inducción habría de ingresar en un concurso de leyes con la coautoría, resultando absorbida por esta última, sino por el siguiente motivo: es del todo factible, amén de habitual, que de manera previa a la confirmación del resto el coautor se encuentre suficientemente decidido a realizar el hecho. Pese a los ya comentados esfuerzos de Puppe, la situación del *omnimodo facturus* sigue presentándose como un recalcitrante obstáculo para la comprensión de la coautoría como supuesto de inducción recíproca. Además, pueden darse otro tipo de constelaciones que comprometen la validez general de esta hipótesis. Por ejemplo, ¿cómo tratar a quien, de acuerdo con el plan previo, únicamente figura como cómplice, empero, de manera intempestiva (aunque con anuencia del resto) toma protagonismo durante la ejecución del hecho? En dicho caso, el comportamiento de un coautor no está antecedido de ninguna expectativa previa de actuación para sus compañeros que pueda contar como inducción para el resto.

Por último, de las críticas que podrían afectar a la tesis del dominio funcional del hecho, solo se concentrará la atención en dos: la una referida a la metodología aplicada; la otra, a su contenido, que, a su vez, admite una bifurcación. En lo que concierne al primer aspecto, cabe recordar que, según sus partidarios, la fórmula del dominio funcional del hecho sería el modo en que se manifiesta la idea de dominio en la coautoría, para cuya configuración han de cumplirse los tres requisitos que en su versión más extendida exige esta tesis (acuerdo común al hecho, un aporte esencial e intervención en fase ejecutiva). Pues bien, la dificultad reside en que, bajo esta forma de proceder, se está inquiriendo el fundamento de la figura a partir de la confirmación de sus elementos, en circunstancias de que la elaboración de estos habría de dar por presupuesta su razón de ser. Por el contrario, una vía constructiva más idónea aconsejaría primeramente dotar a la figura en cuestión de un fundamento que, desde luego, exhiba un contenido independiente que no se reduzca a la suma (meramente confirmatoria) de tales requisitos, pues, de lo contrario, como saldo no se obtiene más que un “dominio conjunto” que no acaba de expresar cuál es exactamente el vínculo entre el todo y sus componentes. Con otras palabras: si los elementos de algo constituyen partes integrantes de porciones singulares de la realidad⁷⁰⁴, primero resulta hacedero identificar el fundamento de ese objeto con el que se designa un fragmento del mundo, para que, en función de él, recién pueda calibrarse la pertinencia

⁷⁰³ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 170, quien recupera la observación de Stübel según la cual, si los concertados ya están determinados a perpetrar el delito, el hecho de infundir el valor preciso para cometerlo solo puede tenerse como una prestación de auxilio. Justamente por esto surge el problema de su deslinde con la complicidad psíquica. Al respecto, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/129.

⁷⁰⁴ GUZMÁN DALBORA, *Elementi di filosofia*, p. 97.

de los elementos que pretenden adosársele en tanto que exigencias consagradas a cristalizarlo. Por esto, la fórmula del “dominio funcional del hecho” queda reducida a un conjunto de elementos que, si bien conservan una continuidad conceptual con las otras formas de autoría y de dominio, deja indomada la pregunta acerca de por qué el concepto de autoría tendría que ser elaborado sobre la base de la idea de dominio⁷⁰⁵.

Un segundo tipo de reparos que ha de enfrentar la teoría del dominio funcional del hecho está inmediatamente vinculado con la marcada impronta reduccionista que imprime a la coautoría⁷⁰⁶. Para confirmar lo anterior resultan ilustrativas las palabras de Schild: “[c]ada coautor es por sí mismo 'figura central', por lo que el suceso global es su propia (y en este sentido: única) acción penalmente típica, la cual él realiza conjuntamente con otros. Cada uno es 'señor de la obra completa’”⁷⁰⁷. Con seguridad, entre los exponentes del dominio funcional del hecho, la visión de Schild no es la más representativa —al fin y al cabo, conduce a poner en seria duda la propia autonomía de esta clase de dominio—, pero acaso sí sea la más congruente, tratándose de una tesis cuya piedra angular justamente descansa en que al autor (sea directo, coautor o mediato) ha de resultar indisputable el señorío del hecho⁷⁰⁸.

Siempre dentro de esta clase de objeciones, íntimamente ligada a la anterior, se presenta aquella que la doctrina disidente tiende a descargar contra el llamado “dominio funcional negativo”⁷⁰⁹. Esta magnitud menguada de dominio, formulado como un juicio contrafáctico que patentiza el potencial de desbaratamiento del plan común que exhibirían los aportes en coautoría, se halla, sin embargo, también presente en las modalidades accesorias de intervención delictiva, por lo que, en el más promisorio de los casos, serviría de base para levantar diferencias meramente cuantitativas entre coautoría y complicidad. La renuncia a la idea de un “dominio parcial” no ha conseguido allanar esta clase de dificultades, pues discurrir en torno de un “dominio conjunto” o de un “co-dominio” del hecho presenta la desventaja de que dicha propiedad sigue siendo difícilmente atribuible a quien no puede ejercerlo soberanamente, es decir, si no es atribuida a un sujeto

⁷⁰⁵ En esta dirección, véanse también las observaciones de HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 21 ss.; y KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 56. Crítico igualmente sobre el fundamento solo aparente que ofrecería la noción de dominio funcional del hecho, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, p. 261.

⁷⁰⁶ Criticando a la teoría del dominio del hecho el traslado del paradigma del autor individual a la coautoría, véase también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 22 y ss.

⁷⁰⁷ SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/126. Cfr. BOTTKE, *Täterschaft und gestaltungsherrschaft*, p. 88, a quien Schild está citando en la última frase de dicho pasaje.

⁷⁰⁸ Precisamente por esta razón, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/126, observa que la calificación “dominio conjunto del hecho” es inadecuada y equívoca, pues amenaza en devenir en la teoría del hecho global.

⁷⁰⁹ Al respecto, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 8 (1998-1999), pp. 71 y s. Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, p. 360.

colectivo. De ahí que, aun bajo tales reformulaciones, los coautores siguen dominando exclusivamente sus propios aportes.

Con esta rápida mirada de conjunto ha pretendido enfatizarse que una de las principales dificultades que enfrenta un adecuado desenvolvimiento teórico de la coautoría consiste en tomarse usualmente como punto de partida la estructura de la autoría directa. La insistencia en favor de este modo de contemplar las cosas yace en el prejuicio de que solo las acciones individuales podrían fundar responsabilidad penal, si bien escudado en el correcto postulado de que la culpabilidad por ellas es inderogablemente personal, así como en el (también legítimo) desiderátum de que solo debe responderse por —mejor: en virtud de— hechos propios. Pero esta estrechez conceptual, que incluso ha motivado la sugerencia de que la imputación recíproca no pasaría de ser una ficción⁷¹⁰, resulta endosable a la elucidación meramente agregativa de las acciones de sujetos entendidos como (co)autores, la misma que conduce a preterir que una acción conjunta también es una acción propia. Puesto que las acciones conjuntas son acciones mediadas —esto significa: no básicas—, es efectivo afirmar que, para cada coautor, el comportamiento de sus compañeros es ajeno; pero esto, como se verá pronto, no excluye en absoluto la posibilidad de unificar tales contribuciones.

3.2. De luces y sombras en las lecturas colectivistas y normativistas de la coautoría

En procura de sistematicidad, de entre las tesis que asumen y desarrollan como premisa capital la autonomía conceptual de la coautoría frente a otras modalidades de intervención delictiva se diferenciará, por un lado, aquellas que fijan la mirada en la unidad del sujeto de imputación de las que, por el contrario, se enfocan en el carácter unitario del hecho. Dentro del primer grupo de tesis, cuyo análisis ahora empieza, pueden incardinarse las viejas teorías del complot; desde luego, las que directamente discurren sobre un sujeto colectivo; y, en fin, la tesis de la coautoría como sistema simple de injusto.

Como aspecto característico de las antiguas teorías del complot interesa destacar principalmente su marcado acento subjetivo. Según se indicó, apoyadas en la noción de “voluntad global” (*Gesamtwille*)⁷¹¹, estas teorías privilegiaban el pacto a delinquir entre

⁷¹⁰ Cfr. FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 10/154 y 156.

⁷¹¹ Como fuese señalado al inicio de este capítulo, en el contexto de una teoría de la acción resulta altamente relevante distinguir entre un estado intencional *conjunto* y uno *compartido*. La afirmación de una “intención conjunta” —o de “voluntad global”, como razonaban los penalistas de formación hegeliana al trabajar la coautoría—, sugiere la existencia de una sola y la misma intención en todos los sujetos. El desarrollo natural de esta tesis condujo a la afirmación de un sujeto colectivo, como entidad a la cual atribuir dicho estado intencional, es decir, una voluntad unitaria. De ahí la importancia, como luego destacaría Bierling, de distinguir entre una voluntad global y una acción global, pues la última permite hablar de una pluralidad de

los intervinientes por sobre la calidad de su aporte al hecho, con lo cual representaban genuinas formas de concurso moral. De ahí que sean un precedente de las teorías del *animus auctoris* y del interés. Del mismo modo, el estudio de las viejas teorías del complot reviste especial interés para la doctrina española, en cuanto sustento de la ahora superada tesis jurisprudencial del acuerdo previo, que consideraba coautor a todo aquel que interviniese en el concierto al hecho, con independencia de la clase de colaboración material⁷¹². Pero en cuanto concierne al modo en cómo es discernida la coautoría, las teorías del complot —y, entre ellas, manifiestamente la de Berner— guardan notorio parecido con las favorecedoras de un sujeto colectivo.

El rechazo a un sujeto plural constituye, salvando excepciones, un lugar común en la dogmática de la intervención delictiva. Ello no ha de sorprender: la infracción del principio de responsabilidad por el propio hecho aparece como un aliciente que permitiría, aparentemente, despachar sin más trámite esta clase de planteamientos. Pero incluso antes del consagrado reconocimiento del que hoy hace gala tal principio, ya Binding pronunció una enfática reluctancia a tal tesis —en sentido jurídico, “impensable”— pues conduciría a suponer que cada coautor comete una parte del delito, cuya totalidad únicamente podría ser reclamada por el sujeto global, lo que, sin embargo, es “jurídicamente falso”⁷¹³.

Sin embargo, en procura de no incurrir en la falacia del “hombre de paja”, y así calibrar esta tesis en sus cabales términos, desde ya es necesario despedir la caricatura mostrenca del sujeto global cual si se tratase de una entidad en sentido biológico. Como concediera tempranamente Küper, bajo tales condiciones, nadie se ha expuesto a defender seriamente la existencia de un sujeto colectivo⁷¹⁴. Se trata más bien de una hipóstasis, que, como ya lo ha mostrado Peñaranda Ramos, viene precedida de otros argumentos principales, y que generalmente han estado asociados a tesis subjetivistas de la autoría⁷¹⁵. Hoy en día, sin embargo, se dispone de vías de fundamentación adicionales.

Según se vio, Joerden insiste en que el comportamiento de cada uno de los individuos se comunica con el de la “persona colectiva” y es a través de esta que, simultáneamente, quedan ligados con el de los demás coautores⁷¹⁶. Se trataría, como puede advertirse, de

acciones que bajo nuestra representación pueden sintentizarse como una unidad de acción, sin necesidad de asumir la existencia de un sujeto global. Cfr. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. V, 1917, p. 253.

⁷¹² En detalle al respecto, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 161 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 349 y ss.

⁷¹³ BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 301.

⁷¹⁴ KÜPER, *Versuchsbeginn*, p. 53.

⁷¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., pp. 182 y s.

⁷¹⁶ JOERDEN, en KAUFMANN/RENZIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, p. 139. Sobre el uso metafórico de la noción de agente colectivo, distinguiendo entre agente empírico y super-empírico, cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción* (trad. por García Ferrero), 1970, pp. 55 y s.

un centro de referencia del comportamiento de los coagentes que facilitaría la imputación recíproca. Pese a lo anterior, subsiste el interrogante de por qué *tener que* construir un sujeto global al cual referenciar la acción conjunta, pues en todo caso este sujeto seguiría formando parte del *explanandum* (fenómeno a explicar) y no del *explanans* (explicación del fenómeno) de la coautoría. En breve: esta tesis no acaba de concretar la razón por la cual —más allá de su composición orgánica— lo que realiza dicho colectivo ha de ser imputado a sus miembros. Con ello, pues, se acabaría revelando una confusión entre las nociones de agencia compartida y agencia colectiva.

Como fuese ya señalado, la coautoría es la estructura paradigmática de adscripción de agencia compartida, pues, en ella, quien realiza conjuntamente algo no es un agente colectivo, sino dos o más agentes individuales. Y, como en todo supuesto de agencia compartida, aquí también es necesario que puedan identificarse los sujetos que contarán como coagentes, pues respecto de todos estos, simultáneamente, se predicará la relación de pertenencia de la acción, que solo por, y en tal sentido, es conjunta. Tratándose de una agencia colectiva, en cambio, dicha relación se predica de un grupo compuesto por sujetos, lo cual significa decir: titular de la relación de agencia es una sola entidad, de manera que las partes que la integran vendrán en consideración de manera secundaria y derivada. Cuando se discurre en torno de un sujeto global que realizaría la respectiva instancia típica, de manera implícita, se está significando que originariamente el artífice del hecho es la entidad colectiva, y que, sin embargo, habida cuenta de su carácter ficticio, o bien de no estar disponible la posibilidad de dirigir directamente a ella la responsabilidad resultante, sus consecuencias habrían de ser reconducidas a sus miembros, esto es, a cada coautor individualmente considerado.

La formulación de la coautoría como sistema simple de injusto reconoce un importante común denominador con las tesis recién expuestas. Efectivamente, también aquí se traba una relación ternaria en la que participan, además de los coautores, otra clase de integrante —el sistema de injusto— que comunicaría a estos con el objeto de imputación⁷¹⁷. Ello deriva en que la adscripción de los respectivos aportes a cada coautor venga mediada, primero, por una atribución de estos al sistema, en tanto que integrantes del mismo, pero, a su vez, el injusto del sistema se imputa también a los miembros particulares, ya que estos serían sus causantes. Así contemplado, sin embargo, el análisis de la coautoría adquiere visos de circularidad. Pero no solo esto, al igual que lo que ocurre con la tesis del sujeto colectivo, la responsabilidad del coautor acaba adquiriendo carácter vicarial, ya que pasa a responder “por” —lo que significa aquí “en lugar del”— sistema.

⁷¹⁷ Aunque, a diferencia de las tesis del sujeto colectivo, en la de Lampe, dicha comunidad tiene un sentido marcadamente más funcional, similar a lo que DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 6ª ed., p. 142, denominase “solidaridad orgánica”, pero que aquí, desde luego, cabría identificar solo en grupos reducidos.

De otra parte, según se ha visto, existen lecturas colectivistas de la coautoría que cifran su atención en el carácter unitario del comportamiento que es objeto de imputación, sin necesidad de unificar el sujeto de la imputación. Esta diferenciación es fundamentalmente correcta. En contrapartida, sin embargo, aquel grupo de formulaciones tiende a sacrificar la distinción entre objeto y base de imputación, razón por la cual la mancomunidad normativa construida vincula a todos los intervinientes, principales y accesorios, de forma indiferenciada. En contra de ello, y con arreglo a consideraciones previas⁷¹⁸, cabe insistir en que de la unidad del objeto de imputación no se sigue que la clase de base que cada interviniente suministra, como fundamento individual para esa imputación, tenga que ser la misma. Con ello, coautor y cómplice quedan vinculados de manera distinta con ese objeto de imputación. Que para la constatación en concreto de dicha diferencia puedan (y deban) tenerse en vista aspectos “cuantitativos”, como el peso o la medida de la contribución, no significa que no exista una diferencia categorial. Así, de manera análoga a lo que ocurre con la diferencia entre dolo e imprudencia, aun cuando la adscripción de coautoría en términos constructivos conlleve —a raíz de su inherente derrotabilidad— la necesidad de confirmar un mayor peso en la contribución que si se tratase de un mero cómplice, en virtud de la diferente clase de estructura de imputación que por medio suyo se establece, esta representa una diferencia cualitativa.

III. Objeto, fundamento y estructura de la coautoría como modalidad de intervención delictiva

1. Aspectos preliminares sobre el concepto jurídico-penal de coautoría: su irreductibilidad y carácter constitutivo

El fundamento agencial que subyace a una relación de coautoría no es reconducible a la mera sumatoria de los fragmentos individuales que componen una acción conjunta; por el contrario, su fundamento reside en una clase diversa de agencia, con sus propias particularidades⁷¹⁹.

La idea anterior puede expresarse con la ilustrativa imagen que propone Kutz:

“Russell y Whitehead escribieron los Principia. Russell no escribió los Principia solo, y sería falso para él decir 'lo escribí'. Pero Russell sí escribió los Principia como miembro del equipo Russell-Whitehead; y podría, entonces, aseverar verdaderamente 'lo escribimos’”.

⁷¹⁸ Véase *infra* Cap. Segundo, apdo. II. 2.2.1.

⁷¹⁹ Así, ya BINDING, *Grundriss*, p. 153: la coautoría es más que la mera multiplicación de la autoría individual. Destacando también este importante rasgo de la coautoría, decididamente, VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, pp. 308 y ss.

Esto se debe —continúa Kutz— a que uno solo es autor exclusivo de aquellas acciones que realiza autónomamente. En contraste, uno es autor inclusivo de las acciones que realiza con otros⁷²⁰. La autoría individual (en la que, por cierto, ha de incluirse la autoría mediata) expresa una relación de agencia exclusiva, mientras que la coautoría, por su lado, es paradigma de autoría inclusiva.

De la recién descrita irreductibilidad conceptual de la coautoría se desprende su carácter constitutivo, como criterio de imputación. Este rasgo, capital para una debida intelección de su fundamento y estructura, puede resumirse como sigue: la coautoría constituye las condiciones bajo las cuales el quebrantamiento de una norma de comportamiento puede ser imputado a dos o más sujetos *qua* acción conjunta. Por esto, los requisitos de cuya satisfacción depende la operatividad de esta modalidad de intervención delictiva han de ser contruidos *en función* de aquello sobre lo cual descansa su diferencia específica con las demás, a saber, en el vínculo agencial compartido susceptible de reconocer entre el comportamiento discreto de dos o más sujetos.

Por supuesto, hay quienes consideran que ya la propia regulación de la coautoría en la Parte general sería innecesaria⁷²¹. Pero cuando se aduce que la cláusula general que la contiene tendría la función meramente declarativa de expresar algo que se da por descontado, o todavía más, cuando se la degrada a la condición de superflua, se violenta de modo palmario el principio hermenéutico de eficacia, precipitado del método teleológico, que ordena preferir una lectura que dote de efectos prácticos a la norma sometida a interpretación, en lugar de las alternativas que la dan por trivial. Por otro lado, que la estructura típica de casi cualquier tipo delictivo permita comprender sin mayores esfuerzos la posibilidad de una realización conjunta, no compensaría la ausencia de un precepto general que autorizara dicha forma de imputación, pues, bajo la vigencia de un sistema diferenciador de intervención, tampoco es evidente que los comportamientos que no satisfacen completa o directamente la descripción típica puedan ser *imputados* como formas de autoría.

Así y todo, en contra de una comprensión también ampliamente extendida, el carácter constitutivo de la coautoría no ha de ser entendido como un mecanismo destinado a

⁷²⁰ KUTZ, *Complicity*, pp. 105 y s.

⁷²¹ Por ejemplo, defendiendo el carácter declarativo de la regulación legal de la coautoría, con abundantes referencias, véase GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, pp. 141 y ss. En la dogmática alemana, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/133, quien, partiendo correctamente de la base de que el § 25 II StGB no establece ninguna norma de comportamiento relativa a coautores, señala, sin embargo, que tampoco tendría significado constitutivo, sino solo poner de relieve una determinada forma de acción. En este último sentido también KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 495.

compensar el déficit que representaría la falta de aplicación de la autoría directa a un caso concreto. En efecto, quienes defienden dicho atributo, lo asocian a la capacidad de la coautoría para “crear” materia de prohibición, es decir, un “injusto típico autónomo”⁷²². Especialmente expresiva de esta visión es la tesis de Dencker. Según este autor, el carácter constitutivo de la coautoría supondría que, sobre la base del tipo penal de la Parte especial, referido a un autor individual, habría de construirse analógicamente el correspondiente “tipo global” (*Gesamttatbestand*), toda vez que, en virtud del primero, un coautor no podría ser castigado⁷²³. Sobre la discusión acerca de posibles “tipos de autoría” puede remitirse a consideraciones previas⁷²⁴. Ello permite ceñirse a la siguiente constatación: la coautoría, como las demás modalidades de intervención delictiva, no amplifica ni restringe el contenido prescriptivo de una norma de comportamiento —aquello que célebremente Beling denominara esquema rector, que en cada caso sigue siendo el mismo—, sino que más bien, desde un punto de vista externo, ofrece una estructura que posibilita que la infracción de dicha norma sea imputada a dos o más sujetos que actúan conjuntamente. En este sentido, la coautoría no extiende el contenido del tipo, pues precisamente presupone un objeto respecto del cual servir como criterio de imputación. La coautoría exhibe un carácter constitutivo, pero no en el sentido de que pasen a estar prohibidos comportamientos que, antes de ella, no lo hubiesen estado (por ejemplo, “matar conjuntamente a otro”), sino en el sentido de que torna operativa una modalidad adscriptiva cuya legitimidad, si bien en absoluto incompatible, tampoco es totalmente auto-evidente a la luz del principio de autorresponsabilidad.

De lo anterior se sigue la necesidad de distinguir el mencionado *carácter* constitutivo (de la estructura) de la coautoría, en tanto que criterio de imputación basado en acciones conjuntas, por un lado, y la *función* constitutiva de la punibilidad que eventualmente ella podría desempeñar, por el otro. Pues, aunque la aplicación de la coautoría conlleva, de manera general, pero contingente, la afirmación de una responsabilidad penal que la autoría directa no estaría en condiciones de sustentar, eso no significa en modo alguno que la coautoría esté consagrada a operar de manera subsidiaria. Antes bien, lo anterior no representa más que una potencial consecuencia de aquel carácter constitutivo, es decir,

⁷²² Refiriéndose al carácter constitutivo de la regulación legal de la coautoría, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE, «Artículos 27, 28 y 29», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, t. III, p. 211; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, 27 (1992), p. 198. En la dogmática alemana, en favor del carácter constitutivo de la coautoría, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 60 y s.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/3. En la dogmática suiza, véase HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 140 y s.

⁷²³ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 145 y ss. Así, por ejemplo, según Dencker, a partir de los §§ 222 (que tipifica el homicidio) y 25. II StGB (que consagra la coautoría) podría formularse el siguiente tipo global: “aquellos que conjuntamente maten a un ser humano (...)” (*ibidem*, p. 148).

⁷²⁴ Cfr. *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.2.2.

del hecho de establecer *otras condiciones* bajo las cuales podría imputarse, a título propio, el quebrantamiento de una norma.

En fin, según habrá ocasión de confirmar próximamente, del carácter constitutivo de la coautoría se derivan consecuencias gravitantes en lo que concierne a la calidad y la medida de las contribuciones, por ser tratarse de los tópicos en donde la estructura de la autoría individual con mayor insistencia tiende a ser superpuesta.

2. Objeto de la imputación y objeto de la coautoría

Según se ha insistido en esta investigación, el objeto de imputación es un elemento común a toda modalidad de intervención delictiva, pues lo que varía es la base y la estructura con arreglo a las cuales se construyen los criterios que permiten imputar (ese mismo objeto) a título de autoría o de participación. El comportamiento constitutivo de dicho objeto no es otro que aquel que ejemplifica, efectiva o potencialmente, la acción descrita en un tipo de delito. Pues bien, que dos o más sujetos realicen *conjuntamente* el comportamiento que será objeto de imputación es una propiedad predicable exclusivamente de la instancia particular de acción que satisface el respectivo tipo de acción prohibida, pero no de esta última. Ello fue recientemente advertido tras considerar críticamente la posibilidad de “tipos de coautoría”, que prohíban específicamente, por ejemplo, “matar conjuntamente a otro”. Para confirmarlo, puede añadirse que solo de manera excepcional el carácter conjunto de un comportamiento forma parte ya de la descripción típica, como sucede en ciertos tipos agravados que adquieren la forma de delitos plurisubjetivos. En tales casos, el carácter conjunto del comportamiento de los sujetos activos es un elemento interno a la norma. Pero esto, como se ha dicho, no ocurre en la coautoría, que permite imputar hechos cuya realización en forma conjunta se muestra como una nota externa a ellos.

Ahora bien, lo anterior hace necesario registrar una eventual objeción que podría dirigirse en contra del planteamiento aquí defendido, y que cabría formular como sigue: si algunas instancias de acción solo pueden subsumirse en la respectiva descripción típica en tanto que acciones conjuntas, ¿cómo puede sostenerse entonces que la coautoría sea una categoría exclusivamente adscriptiva? Por ejemplo, en los delitos complejos con división de labores heterogéneas, ninguno de los comportamientos individuales de los potenciales coautores satisface por sí solo la descripción típica. Pues bien, esto ofrece oportunidad de volver sobre la clase de prioridad que la identificación del objeto de imputación exhibe con respecto al primer nivel de la imputación, relativo a la capacidad de acción⁷²⁵. Esa prioridad es de carácter lógico, pues la pregunta acerca de si se satisfacen o no las condiciones para la imputación de un hecho presupone que este se encuentre fijado. Esto

⁷²⁵ Sobre este asunto, cfr. *supra* Cap. Primero, apdo. II.

no quiere decir que, en términos pragmáticos, no interese desde antes observar cómo ha tenido lugar el comportamiento que ejemplifica la clase de acción prohibida (por ejemplo, de manera individual o conjunta), precisamente para efectos de *identificar* un potencial objeto de imputación. Lo crucial es advertir que dicha operación no es adscriptiva. Pues esa identificación del objeto no anticipa ningún elemento de la imputación de primer nivel: no es necesario (aún) consultar las efectivas capacidades de evitación de los sujetos en cuestión, ni tampoco si ese comportamiento conjunto, que preliminarmente es susceptible de ser *descrito* como una acción conjunta, efectivamente puede adscribirse como tal, por satisfacer los requisitos propios de una relación agencial compartida. Por lo demás, nada distinto sucede con un comportamiento imputable a título de autoría directa, que también requerirá constituir el objeto de imputación, por la vía de identificar ese comportamiento, y, luego de ello, proceder a su imputación como acción⁷²⁶. Por último, conviene advertir que, de todos modos, la distinción entre norma de comportamiento y reglas de imputación, en lo fundamental, se propone evitar que el contenido de la primera se vea condicionado o alterado en función de la presencia de alguno de tales criterios externos —cuestión que no ocurre en la coautoría, que nada añade o resta a la “materia de prohibición”—, por lo que aquella distinción no es en absoluto incompatible con la conexión pragmática que podría llegar a trabarse entre categorías de ambas clases⁷²⁷.

Según lo señalado, como objeto de imputación común entre potenciales coautores, puede venir en consideración un comportamiento colectivo que satisface la descripción de una clase de acción típica, susceptible de imputar eventualmente *qua* acción conjunta. Para que bajo dicha calidad les sea definitivamente atribuido el hecho (como resultado del juicio de primer nivel de imputación) todavía habrá de confirmarse si acaso los sujetos disponían de una capacidad conjunta de evitación.

Como conclusión de la *Primera parte* de esta investigación, se anticipaba que, aun cuando los criterios de imputación subjetiva y las modalidades de intervención delictiva ofrezcan respuestas a preguntas distintas, es crucial advertir la dependencia pragmática que los vincula al interior del primer nivel de imputación, pues la pregunta sobre cómo se atribuye el comportamiento que es objeto de imputación solo puede ser pertinentemente formulada en presencia de alguna razón que sustente —vía imputación ordinaria o extraordinaria— alguna capacidad de evitación en el o los agentes en cuestión. De ahí que, según se

⁷²⁶ Otro ejemplo: en los casos de autoría mediata por autolesión del instrumento también es necesario describir el comportamiento de este último desde la perspectiva del “sujeto de atrás”. La identificación del suceso como una eventual instancia de heterolesión cuenta como hipótesis de análisis, pero no puede ser una operación propiamente adscriptiva, pues ello supondría tener por cierto que, en efecto, se trata de un caso de autoría mediata, en circunstancias de que precisamente esto es lo que se trata de averiguar.

⁷²⁷ Como señala MAÑALICH, *RCD*, 34 (2010), p. 388: que las modalidades de intervención delictiva sean criterios de imputación “no significa, empero, que las cuestiones de imputación del hecho como propio o ajeno carezcan de relevancia pragmática (aunque no lógica) para el establecimiento de la antinormatividad del hecho. (...) Esta proposición cuenta como una reformulación pragmática de la tesis según la cual la *applicatio legis ad factum* (...) presupone ya la *imputatio facti*”.

afirmara entonces, en virtud de su prioridad analítica, la clase de relación agencial que subyace al comportamiento que es objeto de una eventual imputación —y con arreglo a la cual se estructurará la respectiva modalidad de intervención delictiva— incida también en las condiciones bajo las cuales se torna operativo el respectivo criterio de imputación subjetiva. Solo entonces podría afirmarse que las contribuciones de los coautores representan un único hecho contrario a deber⁷²⁸. Cabe analizar con más detalle este nexo.

A título de dolo se imputa a un sujeto una capacidad de evitación intencional basada en la atribución de la creencia de que su comportamiento satisfaría las circunstancias fácticas descritas en un tipo de delito, lo que le permite estar en condiciones actuales de evitar su realización, en la medida en que dispone de las capacidades físicas para ello. Si se trata de una relación de agencia compartida, entonces dicha capacidad (compleja) de evitación también tiene que ser conjunta. Lo anterior puede esquematizarse como sigue:

si *A* y *B* actúan u omiten conjuntamente, ya para fundar una tal relación de agencia compartida necesitarán compartir la creencia (verdadera⁷²⁹) de que cada uno ejecuta (x_1 , x_2) u omite (y_1 , y_2) algún comportamiento que se integra como parte de una acción (x_c) u omisión (y_c) conjunta. Adicionalmente, una eventual imputación por la realización del respectivo tipo delictivo a título de dolo también habrá de ser articulada sobre la base de aquel doble objeto de referencia de dicha creencia, cuyo contenido tendría que incluir, además, la prognosis (verdadera o falsa⁷³⁰) de que X_c o Y_c , respectivamente, en tanto que acción u omisión *conjunta*, ejemplificaría las circunstancias fácticas descritas en la clase de acción prohibida o requerida en el respectivo tipo delictivo. La adscripción de dicho compromiso cognitivo compartido habilita al sujeto imputante para atribuir a *A* y *B* el no haberse formado la intención compartida de abstenerse de ejecutar conjuntamente x o no haber ejecutado conjuntamente y , a pesar de haber tenido, ambos, razones epistémicas para hacerlo⁷³¹. De este modo, que al comportamiento objeto de imputación subyazga una acción conjunta determina una variación con respecto a la capacidad de evitación fundante de dolo en un autor directo, capacidad que en el caso de la coautoría cabría caracterizar como una *evitabilidad intencional conjunta*⁷³².

⁷²⁸ Cfr. KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 53.

⁷²⁹ De lo contrario habría nada más que una “coautoría aparente”, por faltar propiamente una acción conjunta.

⁷³⁰ Que *este* contenido de la creencia compartida pueda ser falso obedece a que el reconocimiento de una acción (u omisión) conjunta únicamente requiere que los coagentes sepan que ejecutan (u omiten) comportamientos que forman parte de ella. En cambio, el dolo exige que los sujetos, además, adviertan que dicha acción (u omisión) conjunta satisfará la clase de acción prohibida o requerida en un tipo delictivo.

⁷³¹ En cambio, en virtud del principio de contrafactividad de la imputación, no es necesario atribuir a los coagentes la intención positiva de quebrantar la respectiva norma de comportamiento. Sobre este principio, véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 26 y s. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3.; para su aplicación a la coautoría *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.

⁷³² Huelga insistir que, una vez afirmada la *capacidad* para haberse formado la intención de abstenerse de ejecutar la acción prohibida o de ejecutar la acción requerida, la intención que positivamente hayan tenido tales sujetos no es relevante en términos jurídico-penales.

El contenido de los compromisos doxásticos y prácticos en que descansa una relación de agencia (tanto individual como compartida) puede incidir en el criterio de imputación subjetiva, si es que el déficit —visto desde el punto de vista del seguimiento de la respectiva norma de comportamiento— en tales compromisos es reconducible a la falta de adopción de una exigencia de cuidado. Tratándose de constelaciones de imprudencia —en los que la capacidad de evitación puede reconstruirse contrafácticamente (vía imputación extraordinaria)—, la clase de agencia (individual o compartida) subyacente también suscita alteraciones relevantes en los esquemas de imputación aplicables. Por constituir una pieza central en esta investigación, este aspecto será objeto de un desarrollo más detenido, al cabo de haber examinado los elementos constitutivos de la coautoría.

Recapitulando, el objeto de imputación en la coautoría está constituido, como siempre, por la realización de un tipo delictivo (o su tentativa), mediada por un comportamiento, a nivel de antinormatividad, *susceptible de ser descrito preliminarmente* como una acción conjunta, y que, para dar lugar a la estructura de imputación cuya forma adopta la coautoría, presupondrá, amén de la satisfacción de los elementos específicos de esta, una infracción de deber dolosa o imprudente por parte de los potenciales coautores. Con ello, el objeto de la coautoría es más restrictivo que el objeto de imputación, pues requiere que el comportamiento constitutivo de este último sea subjetivamente imputable a los posibles coautores, ya que solo de este modo la coautoría podría expresar una específica forma de evitabilidad conjunta.

3. Una relación de agencia compartida como fundamento de coautoría (remisión)

Las posibilidades de ofrecer una explicación no redundante acerca del fundamento (externo) de la coautoría —es decir, que no la derive a tópicos relativos a su estructura (interna)— están supeditadas a la necesidad de distinguir la pregunta concerniente al trasfondo sobre el cual se construye esta figura jurídica, de otra pregunta distinta, aunque dependiente, referente a la forma en que se deja estructurar como criterio de imputación.

Según se ha insistido, a cada modalidad de autoría subyace una distinta clase de relación agencial entre el autor y el hecho que se le imputa a título propio. En el caso de la coautoría, esta es una relación de agencia compartida. De ahí que sea necesario detallar los presupuestos que posibilitarían que lo realizado por dos o más sujetos sea interpretado como una acción conjunta, en contraposición a un mero comportamiento colectivo.

La tesis aquí defendida básicamente reza como sigue: junto con su convergencia objetiva en una relación de simetría funcional, aquello que permite unificar en una acción conjunta

el comportamiento discreto de dos o más sujetos descansa en la posibilidad de atribuirles la asunción de compromisos doxásticos y prácticos consistentes⁷³³. Pues, aunque no toda instancia de intersubjetividad práctica constituya una manifestación de agencia compartida —como ocurre con las acciones meramente colectivas o las ejecutadas por un sujeto colectivo—, la idea inversa es correcta: cualquier instancia de agencia compartida implica una intersubjetividad práctica entre los participantes⁷³⁴. En lo que sigue, un esbozo de dicha taxonomía y un adelanto de su aplicación a las acciones conjuntas.

Compromisos doxásticos son aquellos por medio de los cuales se atribuye a uno o más sujetos tener por verdadero algo, de manera que el estado intencional (o de referencia) con el que se corresponden también es de tipo cognitivo: una creencia (que, al ser tenida fenoménicamente, puede constituir una representación). La forma más habitual de asumir estos compromisos es manifestando explícitamente tales creencias. Así, cuando un sujeto afirma: “creo que antes de salir de casa he desenchufado la plancha”, se está comprometiendo con la verdad de la proposición “la plancha está desenchufada”, en términos tales que, en principio, cualquiera debería creerla⁷³⁵. Sin embargo, la idea de compromiso no exige una asunción explícita, de manera que perfectamente podría ser inferido a partir de lo que alguien hace⁷³⁶. Comoquiera que sea, si una creencia es acertada, podrá darse efectivamente por verdadera, mientras que, si el agente o los coagentes equivocan en ella, la creencia habrá de resultar falsa. Por su lado, los compromisos con los que un agente pretende hacer verdad una afirmación —sobre la base de un determinado compromiso cognitivo o doxástico— y que, por ende, se hallan en correspondencia con la intención como estado intencional, se denominan compromisos prácticos. La intención, en cuanto estado intencional a través del cual articulamos anticipada o simultáneamente una acción, podrá ser exitosa o fracasada, según redunde o no en alguna actuación que cumpla su contenido proposicional⁷³⁷. Una de las principales consecuencias de lo anterior es que el reconocimiento de estos compromisos, en tanto que actitudes deónticas⁷³⁸, sirve de legitimación para que un tercero, en el juego de dar y pedir razones, pueda atribuir (o aun adscribir, haciendo explícita esa atribución) tales compromisos a uno o varios sujetos.

A pesar de la autonomía que ostenta el concepto de acción conjunta —sobre la que aquí se ha insistido—, nada impide que el esquema antes expuesto le sea aplicado, en la medida

⁷³³ Para esto y lo que sigue, fundamental, BRANDOM, *Making it Explicit*, pp. 233 y ss.

⁷³⁴ ROTH, «Practical Intersubjectivity», en SCHMITT (ed.), *Socializing Metaphysics*, 2003, p. 65.

⁷³⁵ Cfr. BRANDOM, *Making it Explicit*, p. 241.

⁷³⁶ Por ejemplo, a quienes, tras salir de casa se dirigen a la estación de metro, puede atribuirse la creencia implícita (pero cuyo contenido tornan explícito a través de sus comportamientos) de que la huelga de los trabajadores, iniciada la semana pasada, ya ha cesado

⁷³⁷ Así también MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, pp. 35 y ss., 285 y ss., especialmente pp. 287 y s.

⁷³⁸ Como a propósito de la intención señala BRANDOM, *Making it Explicit*, pp. 237, 259 y ss.

en que la propia noción “división del trabajo” permite sintetizar un esquema de deliberación al servicio del imperativo: “ponte en estado de llenar útilmente una función determinada”⁷³⁹. Desde luego, tratándose de acciones conjuntas será necesario que el contenido de los respectivos estados intencionales sea adaptado a un “*modo-actitudinal-nosotros*”. Así, por vía de ejemplo:

A y B pueden creer que si vierten veneno en el vaso de C es altamente probable que este muera. Tales creencias, convergentes en contenido, pueden servir de premisa menor para que A y B, como conclusión en sus respectivos razonamientos prácticos, se formen correlativamente la intención compartida de verter veneno en el vaso de C. Si tal es el caso, y tanto A como B obran cada uno bajo la creencia compartida de que realizan su parte en dicha acción, del mismo modo que, por el otro, creen que su compañero ejecuta la parte restante, resultará que A y B habrán vertido veneno en el vaso de C en reconocimiento de un compromiso de actuar conjuntamente.

De esta manera, que el comportamiento de cada uno de los sujetos cuente como expresión de la adopción previa o simultánea de un compromiso práctico compartido presupone, primero, que estos sujetos tengan la creencia compartida de estar obrando conjuntamente y que, además, el comportamiento de sus compañeros, al igual que el propio, sea tenido como parte integrante de los medios tendentes a realizar esa acción conjunta. Sin la presencia de tales compromisos, en lugar de una acción conjunta, habría nada más que un set de comportamientos individuales superpuestos.

Ciertamente, frente a la tesis esbozada podría levantarse la objeción de que tanto las creencias (o, en sentido laxo, las representaciones) como las intenciones constituyen estados intencionales susceptibles de predicar únicamente de agentes individuales, de manera que lo único peculiar de las acciones conjuntas sería que, para configurarlas, bastaría que el contenido de tales estados intencionales sea convergente. Pero, como fuese señalado al iniciar este capítulo, sin necesidad de recurrir a un sujeto multipersonal, sigue siendo plenamente factible discurrir en torno de creencias e intenciones compartidas en la medida en que se introduzca la siguiente prevención: el elemento colectivo de la actitud proposicional reside en el “sujeto intencional” (agente respecto del cual se predica que realizará el contenido de la intención), no en el sujeto de la intención (agente que tiene el respectivo estado mental). El “*modo-actitudinal-nosotros*” sigue perteneciendo a cada coagente, pero añade un elemento ausente en un modo actitudinal de primera persona del singular, esto es, el hecho de que cada uno de los que realiza la parte de una acción conjunta incorpora el comportamiento de los demás como una razón para su acción.

⁷³⁹ DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 6ª ed., p. 52.

Este aparato conceptual puede servir de apoyo para la elaboración de los presupuestos de la coautoría, sin embargo, dado que esta sigue siendo un concepto jurídico-penal (y, en concreto, una categoría adscriptiva), será preciso introducir algunos matices significativos, especialmente en lo relativo a los compromisos prácticos, como habrá oportunidad de ver más adelante.

4. Estructura interna de la coautoría

En términos generales, con estructura de la coautoría puede designarse la disposición bajo la cual se organizan sus elementos en tanto que criterio de imputación. Esta estructura de imputación se construye a partir de la forma en como se relacionan las respectivas bases de imputación —es decir, las contribuciones individuales de los coautores como aquello que sustenta su propia responsabilidad— con un objeto unitario de imputación.

4.1. Alcance y función del principio de imputación recíproca

Según la doctrina probablemente dominante, la principal herramienta de análisis para la articulación interna de la coautoría la ofrece el principio de imputación recíproca. Con este se designa la posibilidad de atribuir a cada coautor las contribuciones prestadas por los demás, como si él mismo las hubiese realizado⁷⁴⁰. Esta comprensión de la estructura de la coautoría se encuentra favorecida notablemente por la evidencia de que, si no es en forma regular, sí al menos en términos paradigmáticos, los coautores operan dividiéndose la ejecución de acciones de heterogénea naturaleza. También la favorece el hecho de ser una fórmula lo suficientemente expresiva como para distinguir a un coautor de un mero cómplice⁷⁴¹. Pero no tan evidente, en cambio, es la función atribuida a este principio⁷⁴². Algunas veces se lo presenta como *fundamento* de la coautoría, en términos de que

⁷⁴⁰ En general, sobre este principio en la dogmática española, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 82 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/2; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 170 y ss., aunque haciendo descansar la imputación recíproca en fundamentos distintos a los de la doctrina dominante. En la doctrina alemana, véase, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 63 I 2; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 17 y ss.

⁷⁴¹ Así, cuando se utilizan como parámetros de contraste el principio de imputación recíproca, propio de la estructura de la coautoría, y el principio de accesoriedad, característico de la participación. En este sentido, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *LH-Bajo Fernández*, pp. 75 y s.

⁷⁴² Por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 85, señala que “el principio de imputación recíproca no es un requisito de la coautoría, sino más bien un criterio explicativo que sirve para fundamentar materialmente, por una parte, el porqué de la igualdad de la pena entre el autor que individualmente comete un hecho delictivo y el coautor que lo hace conjuntamente con otros y, por otra, las diferencias entre la forma de proceder a la imputación de la responsabilidad en las formas de autoría —autónomamente— y en las de participación —accesoriamente—”. Por otra parte, WEIßER, *Täterschaft in Europa*, 2011, pp. 367 y 483, afirma que la imputación recíproca de las contribuciones prestadas al hecho es una consecuencia jurídica de la colaboración en coautoría. Refiriéndose a la imputación recíproca como una consecuencia de la coautoría, véase también ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 250 y s. (aunque en el contexto de una crítica a la solución global del inicio de la tentativa en la coautoría).

justificaría por qué dos o más sujetos son coautores. Sin embargo, esta visión es problemática, pues conduce a ofrecer una explicación gravemente tautológica que equivaldría a decir: se es coautor porque se imputa lo que otro hace. Que, quizá, por la vía de dicha imputación recíproca los aportes de los coautores puedan ser interpretados como una acción conjunta no indica, sino más bien presupone la razón que sustenta semejante unificación. Por otro lado, también podría considerarse que la imputación recíproca designa una *consecuencia* de la coautoría, ya que la relación de coautoría entre dos o más sujetos, fundada en un acuerdo o plan conjunto, “activaría” o “determinaría” la aplicación de la imputación recíproca. Pero esta última función le asigna un carácter meramente confirmatorio, ya que sugeriría que la condición de coautor precede a la imputación de las contribuciones que cada uno presta. En fin, podría suponerse que la imputación recíproca constituye un *requisito* estructural de la operatividad de la coautoría. Esto último acertaría en el hecho de que la constitución del respectivo objeto de imputación en la coautoría presupone haber considerado el comportamiento discreto de cada uno de los potenciales coautores, mas presentaría el inconveniente de supeditar el reconocimiento de una relación de coautoría a un aspecto puramente contingente, como es la imposibilidad de aplicar la autoría directa.

Ahora bien, y al margen de la función que esté consagrado a cumplir, no por gozar del respaldo de la doctrina mayoritaria el principio de imputación recíproca está exento de ulteriores precisiones. Por ejemplo, se ha objetado que, en virtud de exigencias vinculadas con el principio de culpabilidad, y considerando que los sujetos solo responden jurídicamente de sus actos personales, una imputación recíproca no es correcta ni necesaria⁷⁴³. En forma análoga, también Puppe ha manifestado ciertas resistencias: “[l]os coautores son tratados de manera especialmente estricta en nuestro Código penal. Aunque ellos no han realizado las acciones de sus compañeros, ni las han dominado como autores mediatos, a ellos se imputa, según se dice, su 'comportamiento como propio'. Esta fórmula no es un fundamento, peor aún, es una ficción. Una acción no puede ser imputada a nadie que no sea quien la ha ejecutado por sí mismo”⁷⁴⁴. Recientemente, Kreuzberg también objeta que la articulación de la coautoría sobre la base de una imputación recíproca de aportes conduce a que los coautores, de manera ficticia, sean tratados “como si” fueran autores, y no, “en tanto que” autores⁷⁴⁵. Para Dencker, si bien desde una perspectiva diametralmente distinta, tampoco se trata de que a cada coautor se imputen como propias las acciones del resto, ni los resultados derivados de ellas, como si cada uno realizase el respectivo tipo penal de la Parte especial —según Dencker, referido al autor individual—

⁷⁴³ En esta línea, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., § 10/154 y 156, subrayan que cada coautor responde de su propio comportamiento y descartan, en consecuencia, la necesidad de una ficción que conduzca a considerar que cada coautor realizaría de propia mano las contribuciones ajenas al hecho.

⁷⁴⁴ PUPPE, *GA* (2013), p. 521.

⁷⁴⁵ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 274 y s.

, sino que, en lugar de todo esto, la coautoría se configura fundamentalmente sobre la base de la imputación de la obra colectiva, en tanto que “hecho global”⁷⁴⁶.

Apartando a un lado la controvertida tesis conforme la cual las reglas de la Parte general relativas a la coautoría configuran normas de comportamiento, y al margen de lo que enseguida habrá oportunidad de precisar con respecto a la relación entre imputación recíproca y autorresponsabilidad, yace un importante núcleo de verdad en la última crítica reseñada. Pues que el objeto de la coautoría lo constituya un “hecho global” —para utilizar la terminología propuesta por Dencker—, en efecto, induce a sospechar acerca de la real necesidad y pertinencia de recurrir a la ficción sobre la cual se construye la imputación recíproca⁷⁴⁷. Del mismo modo, a la luz del principio de responsabilidad por el propio hecho, la sospecha de una posible ficción jurídica tampoco parece una objeción nada desdeñable. Sin embargo, para ponderar en sus cabales términos este principio es crucial distinguir la función que se deja desprender a partir de su denominación de la que, en cambio, de manera correctiva debiese ser asociada a su contenido.

La tesis que aquí se sostiene al respecto es la siguiente: por la vía de declarar que cada coautor responde tanto por su propio hecho, como por el de sus compañeros —que le sería imputado *como* propio— la comprensión ortodoxa del principio de imputación recíproca tiende a fagocitar una operación compositiva, en otra adscriptiva. Que ambas operaciones acaben solapadas en una sola tiene una serie de consecuencias.

En primer lugar, guía a la suposición de que cada coautor respondería por tantos hechos como coautores intervengan. Si, por ejemplo, *A* se apodera de la cartera de *C*, mientras este es intimidado por *B*, el principio de imputación recíproca conduce a la conclusión de que *A* responde por el apoderamiento, que de propia mano realiza, y por el acto coercitivo de *B*, que le sería imputable como propio. Gráficamente formulado: en lugar de responder por *x*, cada coautor respondería por “ $x_1 + x_2 + x_3, (\dots)$ ”; a su vez, el otro coautor respondería por “ $x_2 + x_1 + x_3, (\dots)$ ”. Sin embargo, en un caso prototípico como el ilustrado, más bien sería anómalo sostener que *A* responde por el apoderamiento que de propia

⁷⁴⁶ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 250 y ss., especialmente nota 4. Próximo, VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 319, para quien no se trata tanto de fundamentar la imputación recíproca entre coautores —lo cual supondría seguir trabajando desde el paradigma del autor solitario— sino de una “competencia común por el único objeto de imputación, la realización del tipo delictivo”.

⁷⁴⁷ Una reticencia semejante puede observarse en ROXIN, *PG*, t. II, § 25/257, para quien la imputación recíproca no es necesaria, ya que el propio hacer del coautor le confiere sin imputación alguna de conducta ajena el codominio sobre el conjunto del hecho. Cfr. SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/176, quienes advierten que, estrictamente hablando, en la coautoría no tiene lugar una imputación recíproca, ya que “todos dominan todo”; la expresión es más bien metafórica y no debe entenderse en forma literal. En la dogmática española, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, pp. 34 y s., 49, apunta que con imputación recíproca se hace referencia a un concepto de coautoría previamente definido, por lo que sugiere, en cambio, referirse a la imputación del hecho global cometido entre todos conjuntamente.

mano realiza y, *además*, por el acto coercitivo de *B*, que le sería imputable como si lo hubiese realizado él. Por el contrario, más preciso parecería sostener a cada coautor se imputa una acción conjunta; aquí, un robo. Esto muestra que la sola “imputación” recíproca no permite explicitar que por medio suyo —pero no a causa suya— emerge una acción diversa de los comportamientos discretos de cada coautor, y que es precisamente esta la que constituye el comportamiento que es el objeto sobre el cual recae la coautoría. En lugar de ello, generalmente la imputación recíproca sigue anclada a una visión *reductivista* de esta figura, al fijar como centro de imputación el comportamiento de cada coagente, al cual se agregarían las acciones individuales ejecutadas por los demás, debiendo simplemente multiplicarse la operación por cuantos sujetos intervengan⁷⁴⁸.

Por otro lado, gobernada por el principio de imputación recíproca, la estructura de la coautoría descansa en la responsabilidad por un hecho que sería propio y ajeno a la vez⁷⁴⁹. Llevada a sus últimas consecuencias, esta estructura fácilmente puede conducir a que la responsabilidad de los coautores acabe explicándose con base en una ficción⁷⁵⁰. Precisamente este es el núcleo duro del primer grupo de objeciones reseñadas. Pero, a diferencia de lo que sugieren aquellas voces críticas, la alternativa de aislar el comportamiento de los coautores, y de fundamentar su responsabilidad de manera estrictamente individual, tampoco se aviene con el objeto sobre el cual descansa dicha

⁷⁴⁸ En efecto, como apunta WEIßER, *Täterschaft in Europa*, p. 368, la imputación recíproca permanece ligada a una tradición de pensamiento según la cual la autoría generalmente se funda en una realización de propia mano del tipo. En cambio, cabe controvertir la opinión de que la querella que enfrenta al principio de imputación recíproca con el reconocimiento de un hecho global sea de “naturaleza puramente académica”: en ella está implicado nada menos que el principio de responsabilidad por el propio hecho.

⁷⁴⁹ Para una comprensión de la coautoría basada en la imputación de acciones ajenas como propias, BLOY, *GA* (1996), pp. 425 y ss., 442. Así también, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, pp. 387 y s., quien, además, señala que mediante esta forma de imputación de un hecho a título propio el Código está construyendo una ficción (*ibidem*, p. 180). Desde otra perspectiva, HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., Vor § 25/14, señala que, frente a la autoría individual directa, tanto la coautoría como la autoría mediata constituyen no solo formas distintas, sino ya un *minus* de dominio del hecho. Por esto, el § 25 I.2 y II StGB, al constituir la punibilidad de la autoría mediata y la coautoría, respectivamente, está operando como un equivalente funcional, respecto del dominio completo del hecho, que únicamente le corresponde al autor individual directo.

⁷⁵⁰ Actualmente, una expresiva manifestación de esta comprensión de la estructura de la coautoría puede encontrarse en HAAS, *ZStW*, 119 (2007), pp. 542 y s., EL MISMO, *Die Theorie der Täterschaft*, pp. 126 y 130; EL MISMO, *Matt/Renzikowski-StGB*, 1ª ed., § 25/60, para quien la coautoría —entendida como una autoría mediata recíproca— constituye un criterio de imputación extraordinaria que permite imputar *de iure* como propio un hecho que *de facto* es ajeno. Desde ese punto de vista, es en virtud de una ficción jurídica que cada coautor puede ser tratado como si él *in persona* hubiese realizado la totalidad del tipo. Ahora bien, más allá de lo problemático que resulta conceptualmente una imputación extraordinaria en la antinormatividad (la rechazan, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, p. 548; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 76), interesa registrar que lo propio de una estructura de imputación extraordinaria no es restablecer la imputación “como si” el déficit en cuestión no hubiese existido —por ejemplo, como se señaló en su oportunidad, la imputación a título de imprudencia no “aproxima” el hecho al dolo—, sino al contrario, se trabaja sobre la base de ese déficit, y a pesar de este, pero con arreglo a un fundamento distinto, se procede a la imputación. Así, al autor mediato y a los coautores, necesariamente, no puede imputárseles el hecho como si lo hubiesen realizado directa o totalmente de propia mano, pues entonces se estaría ocultando la base especial en que se sustenta su imputación.

responsabilidad. Pues precisamente la razón por la cual es deficitaria la caracterización de la coautoría como la imputación de un hecho propio y ajeno a la vez descansa en que, a partir de esto, se está sugiriendo que exclusivamente respecto de comportamientos individuales es predicable una genuina relación de agencia; es decir, desde el punto de vista de aquellas críticas, la referencia real a la que de manera correctiva cabría redirigir tal “ficción” sería la autoría directa. Frente a ello, de nuevo cabría decir: siendo efectivo que para generar una acción conjunta se requiere la unificación del comportamiento de dos o más agentes, una vez generada dicha acción conjunta, lo único que se necesita es atribuir una relación de agencia con respecto a tal acción compuesta, y no con respecto a las contribuciones de los demás coagentes, que han servido como acciones componentes.

Como consecuencia de lo anterior, debe controvertirse también la presentación de la coautoría como una forma de accesoriedad. A pesar de que sea absolutamente estándar, y hasta cierto punto trivial, identificar en la coautoría un comportamiento necesariamente “no-accesorio”, nada peregrinas son las opiniones que ven en ella una “accesoriedad *sui generis*”, basadas en el ostensible dato de que el coautor, generalmente, no realiza de propia mano la totalidad del hecho, como también en que necesita apoyarse —vía imputación recíproca— en aportes “ajenos” para fundamentar su responsabilidad. Así, ya Birkmeyer había prestado atención a esta suerte de “accesoriedad recíproca”⁷⁵¹, a lo que luego Binding añadiría lo siguiente: “para cada coautor los demás compañeros vienen en consideración solo como cómplices”⁷⁵². En la discusión moderna, si bien desde perspectivas teóricas muy diversas entre sí, varios autores advierten cierta semejanza estructural, al menos desde un plano fáctico, en las formas de articularse la adscripción de coautoría y de participación⁷⁵³. Pero precisamente por las observaciones que aquí se han ofrecido con respecto al alcance del principio de imputación recíproca, dicha semejanza estructural necesita ser drásticamente relativizada, pues, antes que una relación (circular) de dependencia, lo que estructuralmente da forma a una relación de coautoría es un vínculo de interdependencia. Aunque es cierto que el comportamiento de los coautores, al igual que el de los partícipes, *puede* hallarse necesitado de complemento, lo

⁷⁵¹ BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme*, p. 148: según el Derecho vigente, también la coautoría es una verdadera participación. Para Birkmeyer, el coautor no comete el delito autónomamente; para que su acción sea punible, otro coautor tiene que realizar la parte faltante.

⁷⁵² BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 300.

⁷⁵³ Cfr. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, p. 195; HAMDORF, *Beteiligungsmodelle*, pp. 30 y s.; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, pp. 60 y s.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, pp. 199 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 399, nota 158. Desde un sistema de intervención con base funcionalista, JAKOBS, *CPC*, 85 (2005), pp. 81 y ss.; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 310 y ss. Cfr. HAAS, *ZStW*, 119 (2007), p. 544, quien identifica una accesoriedad fáctica en la coautoría (como forma de autoría mediata recíproca), frente a la accesoriedad normativa de la participación al hecho principal. Esto último permite que Haas sostenga —en contraste con varios de los autores recién citados— que la diferencia entre las formas de intervención delictiva sigue siendo cualitativa.

radicalmente relevante para efectos de ir delineando sus límites es constatar desde ya que, tratándose de dos o más coautores, dicha relación de complementariedad, para ser tal, debe tener un carácter simétrico, mientras que, en la participación, la relación es unilateral. Ya solo por esto resulta equívoco razonar la coautoría en términos de accesoriadad, pues lo accesorio *per definitionem* se predica con respecto a un objeto principal independiente al cual se adosa. Por el contrario, si los aportes prestados en coautoría fuesen “recíprocamente accesorios”, faltaría entonces un objeto de referencia que, para efectos de satisfacer la descripción del tipo respectivo, cuente como acción principal. En definitiva, aun cuando los aportes individuales de cada coautor puedan considerarse auxiliares los unos frente a los otros, lo que se imputa a todos los coautores es una acción *principal* conjunta.

Como podrá notarse, los principales reparos contra el principio de imputación recíproca tienen que ver con el comportamiento que, a través suyo, se erige en objeto de imputación en la coautoría. Sin embargo, y según se deja anticipar de observaciones ya formuladas, a este principio también subyace una comprensión reduccionista y, en cierto sentido, originariamente anómala de la responsabilidad penal del coautor. En efecto, al considerarse el principio de imputación recíproca como una herramienta operativamente indisponible para la coautoría, se la presenta, a la vez, como un mecanismo que estaría consagrado a compensar el supuesto déficit que supondría la imposibilidad de aplicar la autoría directa en un caso concreto. Desde ese punto de vista, cuando el criterio prototípico de autoría se encuentra disponible, suele considerarse que la coautoría deviene sin más en innecesaria. Esta forma de ver, sin embargo, desafía el idéntico estatus legal (reflejado en una equivalencia de pena) que suelen recibir las distintas modalidades de autoría, amén de que excluye del ámbito de la coautoría genuinas instancias de acción conjunta, en donde el comportamiento de dos o más sujetos podría satisfacer el supuesto de hecho de un tipo delictivo, tanto bajo la descripción como acción individual, como de una acción conjunta⁷⁵⁴, en cuyo caso habría una superposición de estructuras.

A pesar de todo lo señalado, aquí no se afirma la futilidad funcional del principio de imputación recíproca, sino la necesidad de distinguir dos niveles de análisis: uno en el cual se relacionan recíprocamente los comportamientos, y otro en el que se procede a su imputación. En efecto, en un primer nivel es necesario que los aportes prestados por los (todavía eventuales) coautores sean contemplados, por de pronto, como comportamientos discretos, para devenir unificados solo en la medida en que queden apropiadamente sometidos a un esquema común de convergencia (intencional y objetiva) que permita, en un segundo nivel, imputar el suceso en cuestión como una acción conjunta. Esta forma

⁷⁵⁴ Supóngase que, en el contexto de comisión de un robo, todos los sujetos realizan, a la vez, los actos coercitivos y de apoderamiento.

de proceder es preferible no ya solo porque la responsabilidad penal sea altamente personal —de manera que el sustrato de la acción conjunta que se imputa tiene que ser una acción individual propia—, sino especialmente porque la generación de dicha acción conjunta únicamente representa una posibilidad, siendo plenamente factible que a veces solo se alcance a trabar una relación asimétrica entre tales acciones, dando lugar “nada más que” a una imputación unilateral por la vía de alguna estructura de participación delictiva. Por esto, también debe ser impugnada la observación de Dencker según la cual la imputación recíproca sería innecesaria si aquello que se atribuye a los coautores es un “hecho global”. Pues significa partir de una comprensión que ya presupone como constituido aquello —el “hecho total”— que justamente se trata de constituir.

En definitiva, el alcance y las limitaciones apuntadas sobre el principio de imputación recíproca permiten advertir, por un lado, que el objeto de imputación en la coautoría no puede estar constituido por el comportamiento discreto de cada sujeto y, de manera agregada, el hecho de sus compañeros, sino, por el contrario, por una acción unitaria que emerge a partir de la reunión de tales contribuciones individuales.

4.2. Excurso: coautoría y representación recíproca

Revisadas las limitaciones de la imputación recíproca, interesa calibrar ahora el grado de plausibilidad que esta podría exhibir reformulada bajo la estructura de un principio de representación recíproca. Esta tesis básicamente reza: a través de su aporte, cada coautor gestiona, por así decirlo, un asunto propio y ajeno a la vez. Para confirmar lo innecesario de que cada coautor realice el tipo completamente de propia mano, por la vía de una “representación libre en la acción delictiva”, ya Binding concebía en la coautoría una autoría de mano propia y de mano ajena⁷⁵⁵. También Nagler hizo radicar la esencia de esta figura en un brocardo que sintetiza la idea de representación: “*Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*”⁷⁵⁶. En la dogmática contemporánea Kindhäuser, Haas y Mañalich han patrocinado esta línea de pensamiento⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 298 y ss.

⁷⁵⁶ NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 77, con nota 5, y p. 78, con nota 2.

⁷⁵⁷ KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), pp. 64 y s., para quien es necesario que los intervinientes apliquen al comportamiento en cuestión un esquema de interpretación idéntico en sus puntos esenciales, siendo esto lo que justificaría su tratamiento como representantes recíprocos. Por su lado, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 112 y ss., sustenta el carácter recíproco de la representación de la coautoría en la autorización que cada sujeto confiere al otro para que lo realizado por este le sea vinculante; todo ello, como se señaló antes, sobre la base de que, como la autoría mediata, la coautoría también se sustentaría en un mandato. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 82 y ss., funda la calidad de representantes de los coautores en el hecho de que todos adoptan un patrón de agencia recíprocamente vinculante.

Como primer aspecto, que es a la vez el que sugeriría la más obvia consideración, del llamado principio de representación únicamente se recoge su estructura. Por esta razón, cabría partir advirtiendo que, en sí, la idea de representación excede con mucho el ámbito jurídico, ya que, en términos generales, se corresponde con una operación mental de sustitución a través de la cual un objeto es presentado (re-presentado) a través de otro. Por ende, no parece acertado desechar desde un inicio esta comprensión, endosándole origen *iusprivatista*⁷⁵⁸. Pues, por un lado, se trataría solo de un parecido de familia —en la coautoría no se está, desde luego, frente a la gestión de ningún objeto lícito—, mientras que, de otra parte, la posibilidad de quedar vinculado personalmente a los efectos que se derivan de la actividad desplegada por otro constituye una categoría general del pensamiento jurídico.

La principal ventaja de esta reformulación de la imputación recíproca consiste en dar cuenta de un aspecto que esta misma no alcanza a significar: la relación interna que existe entre los coautores. En efecto, que los coautores gestionen un negocio, que es propio y ajeno a la vez, permitiría neutralizar la crítica según la cual ningún sujeto debe responder por otras acciones más que las que él realiza. Pues, como señala Kindhäuser, aquí se trata de un supuesto de “hetero-organización consentida”, en virtud del cual cada coautor amplifica su propia esfera de responsabilidad a partir de su vinculación con la esfera de otros, quedando así imbricados normativamente⁷⁵⁹. Pero, en ese mismo sentido, y a diferencia de la estructura estándar de la representación —en donde todos los efectos jurídicos acaban radicándose en la esfera del representado—, en la coautoría cada uno de los sujetos ha de realizar un acto que importe simultáneamente un ejercicio de “auto-organización”. Enfatizar dicho aspecto es indispensable de cara a evitar que, frente a un “exceso de hetero-organización”⁷⁶⁰, se acabe confiriendo calidad de coautor a quien asume un rol puramente pasivo⁷⁶¹, es decir, como mero representado de otro en el que recae todo el peso de la realización del tipo, lo cual dejaría expuesta a esta tesis a la etiqueta de reminiscencia de las superadas teorías subjetivas⁷⁶². Para tales hipótesis, antes bien, debe recurrirse precisamente a las categorías de la participación delictiva, pues, si bien no hay representación recíproca sin división del trabajo, no toda división del trabajo sería expresiva de una representación recíproca.

⁷⁵⁸ Crítico respecto de tal comprensión orientada al Derecho civil, GRECO, *GS-Hruschka*, pp. 368 y s.

⁷⁵⁹ KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 65.

⁷⁶⁰ Así, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, pp. 279 y s., quien observa que una generalización (mejor: una flexibilización) de la idea de representación recíproca eventualmente podría generar el riesgo de resucitar la vieja comprensión de la coautoría como una combinación de autoría intelectual y autoría inmediata. Por su lado, en referencia a la tesis de Haas, COUSO SALAS, en VAN WEEZEL (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal*, p. 650, también advierte una tendencia a disolver los límites entre la coautoría y la complicidad concertada.

⁷⁶¹ Véase, sin embargo, BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 297.

⁷⁶² En esto se enfoca la crítica de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 863, quien atribuye a estas tesis el hecho de revivir la teoría del dolo, a pesar de que las teorías subjetivas se definen por que la calidad de autor se funda nada más que en la disposición interna del agente (interés o dolo), sin exigir ningún vínculo objetivo entre los coautores.

Ahora bien, lo que interesa interrogar ahora es si la tesis de la representación recíproca está en condiciones de explicar no solo la relación interna entre los coautores, sino además de explicar la estructura de la coautoría. Dejando a un lado la trivialidad de que la condición de representante no se autoexplica y que, por consiguiente, requiere de un fundamento al cual remitirse, si se la concibe como herramienta adscriptiva, la tesis de la representación recíproca enfrenta un óbice similar al que afecta a la imputación recíproca. Pues permanece la impresión de que, a los efectos derivados de los actos ejecutados de propia mano por cada coautor, habrían de *agregarse* aquellos otros que le pertenecerían en su condición de (meros) representados por un tercero. De nuevo, esto parece corresponderse con una comprensión reductivista de la coautoría que solo alcanza a denotar la atribución de aportes individualmente considerados de los coautores (representantes a la vez que representados), sin ofrecer una visión panorámica y sintética que explicita que se trata de una “*gestión común*”, ya que la reciprocidad invocada solo da cuenta de la bilateralidad de roles, pero el objeto de referencia de cada acto de representación siguen siendo aportes individuales desplegados por los respectivos coautores⁷⁶³. Por esto, aunque la tesis no es incorrecta, hace referencia a un primer nivel de análisis en el que únicamente se disciernen comportamientos discretos. La razón por la cual a cada coautor se imputan los efectos derivados de los aportes desplegados por sus compañeros yace en que estas son componentes de una acción conjunta que también le pertenece. En dicho segundo nivel, la clave reside en considerar el comportamiento del otro no como “parte de mi acción”, sino como “parte de nuestra acción”⁷⁶⁴.

4.3. Coautoría como unidad típica de acción

Que, bajo una lectura unificadora, las contribuciones de los potenciales coautores admitan ser entendidas como “partes de una acción conjunta” tiene una significativa resonancia normativa: estas se reúnen en una acción compuesta que aúna, cual abrazadera, la serie de partes componentes aportadas por esa clase de intervinientes⁷⁶⁵. A continuación, el análisis se centrará en exponer este argumento en sus contornos elementales, mostrar su capacidad de rendimiento para la constitución (bajo la forma de una unidad de realización típica) de la descripción de la acción conjunta eventualmente imputable a título de coautoría, y anticipar algunas de sus implicancias de cara a la solución de problemas particulares que suscita la aplicación de esta estructura de imputación.

⁷⁶³ Similar, RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/11, 45; EL MISMO, *ZIS*, 2 (2021), p. 96, para quien, en lugar de una representación recíproca, debería decirse, más exactamente, que cada coautor representa el “proyecto común de acción” (*gemeinsame Handlungsprojekt*).

⁷⁶⁴ Cfr. BRATMAN, *Shared Agency*, p. 100.

⁷⁶⁵ Así, en la discusión contemporánea, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 82 y ss., refiriéndose, a propósito de la coautoría, a una “unificación interpretativa” de las contribuciones individuales.

Una conexión explícita y consistentemente articulada entre las doctrinas de la unidad de acción y de la codelincuencia puede hallarse tempranamente en Beling:

“Dondequiera que una pluralidad de autores se relacionan recíprocamente como 'partícipes', surge la pregunta: ¿por qué castigamos a alguien junto con otros como meros tomadores-de-parte (*Teil-Nehmer*), es decir solo como parte de una pluralidad de personas, como co-culpables = co-penados? ¿Por qué combinamos las acciones como meros 'partes de un hecho'? ¿Por qué se castiga lo hecho por cada uno, aisladamente de lo hecho por los demás, como un delito autónomo? La respuesta solo puede ser: porque el suceso mismo, aunque realizado por varios, forma un todo (...)”⁷⁶⁶.

Desde ya, resulta interesante la última frase del pasaje citado, que, traída a la discusión moderna, podría servir como enfático llamado de atención acerca de la exactitud del principio de imputación recíproca, estructura con arreglo a la cual la acción de cada coautor justamente pretende “tomar para sí” la de los demás coautores, y viceversa. Ahora bien, cabe apuntar que, para Beling, sin embargo, la unidad de acción representa un mecanismo que no es exclusivo de la pluralidad de agentes; antes bien, la cuantificación de acciones se ofrece como una herramienta general de individuación de agentes y, por ende, también aplicable a la indagación por una posible autoría directa. Pues la “co-pertenencia de acciones” a la que alude Beling es justamente una relación establecida directamente entre acciones, que contingentemente pueden ser desplegadas por un mismo sujeto o por varios. Que esta tarea de unificación puede —y tiende a— quedar oculta cuando se trata de atribuir responsabilidad a un solo agente no significa, ciertamente, que esta operación interpretativa no se realice. Junto con lo anterior, Beling también aplicó la tesis de la unidad de acción a la participación delictiva *lato sensu*: la “teoría de la participación es teoría de la unidad de hecho aplicada, la participación es unidad de hecho descompuesta (*zerlegte Tateinheit*)”⁷⁶⁷. Sin embargo, lo problemático de su ampliación al ámbito de la relación entre acciones principales y auxiliares ejecutadas por otros sujetos es que conlleva el riesgo de modificar la unilateralidad que caracteriza a la imputación de tales acciones, por una bilateralidad incompatible con una concepción diferenciadora de intervención.

⁷⁶⁶ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 390. Véase asimismo *ibidem*, pp. 333 y ss.

⁷⁶⁷ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 391. Pues a Beling interesó sobremanera que se conservara una unidad del hecho para efectos de determinar la responsabilidad del partícipe, aunque semejante “co-pertenencia de acciones” no bastara a que siguiera identificando en la acción del autor el hecho principal (*ibidem*, pp. 403 y ss., 416 y ss.). Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 88, quien aplica la tesis de la “co-pertenencia de acciones” para explicar (además) el fundamento de la relevancia jurídico-penal del comportamiento del partícipe.

En este último sentido, el planteamiento de Binding se exhibe más restrictivo. Pues, según Binding, solo la coautoría constituiría una “unidad de delito, a pesar de la pluralidad de intervinientes”, si bien es cierto que, antes que delimitarla de la complicidad, su preocupación se cifró en enfatizar que la exclusión de coautoría deviene en el reconocimiento de una pluralidad de delitos⁷⁶⁸. Pese a que el orden analítico debiese ser el inverso —no hay unidad de acción, *ergo*, tampoco acción conjunta ni, con ella, coautoría—, la observación de Binding es capital de cara a reforzar la distinción tan básica como fundamental entre coautoría como instancia de pluralidad de agentes, por un lado, y la pluralidad delictiva a la que da lugar la llamada “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*), por el otro. Además, ante una potencial crítica contra la visión unificadora del objeto de imputación en la coautoría, esta diferenciación permite mostrar, nuevamente, que la afirmación de una acción conjunta (imputable *qua* unidad típica de acción) no necesita referirse a un sujeto colectivo, ya que no niega, sino que afirma la pluralidad de agentes.

Que esta forma de elucidar la intervención delictiva sea compatible con la teoría objetivo-formal tradicional —que profesara el propio Binding— es altamente discutible, precisamente porque la conexión entre las categorías de la intervención delictiva y la unidad delictiva debiese conducir a controvertir, desde un punto de vista *composicional*, la pertinencia de analizar aisladamente el carácter típico de las contribuciones (de las partes componentes) en circunstancias de que esta es una propiedad que se exige del objeto de imputación (de la acción compuesta).

Esta última irregularidad, sin embargo, es independiente de la acertada constatación de que una tal unidad de acción debe hallarse referida al tipo. De ahí que la unidad de acción que interesa para efectos de describir el objeto de imputación en la coautoría como una acción conjunta sea de índole normativa⁷⁶⁹, y no una unidad de acción en sentido natural⁷⁷⁰. Dicha tesis es la que se desarrolla en esta investigación.

⁷⁶⁸ BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 287 y s., nota 45, para quien, de no configurarse una coautoría, entonces existían dos delitos en autoría individual, y no una unidad de delito. Véase también NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 77, quien al respecto hablara de una comunidad de acción (*Handlungsgemeinschaft*).

⁷⁶⁹ Se trata entonces de lo que también se denomina “unidad típica de acción en sentido amplio”, pues no es que el tipo presuponga la realización de varias acciones o de que no sea posible que la concreta instancia de realización típica tenga lugar de otra manera, sino más bien de una unificación interpretativa. Al respecto, véase por todos ROXIN, *PG*, t. II, § 33/29.

⁷⁷⁰ Véase en ese sentido también VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 89: “existe solo *una* lesión de la norma como *una* acción, aunque perpetrada a través de *varias*. Para ello los criterios de unificación son determinados de manera similar que respecto de la simple lesión de una norma a través de varias acciones (...)”. De manera similar, FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/8, en cuya opinión la identidad de una acción conjunta se juzga según las mismas reglas que rigen la identidad de una acción individual, esto significa: existe una acción conjunta siempre que las contribuciones de los intervinientes —si es que hubiesen sido realizadas por una sola persona— fuesen valoradas como una acción, en el sentido del § 52 StGB.

Como primera cuestión, la pertinencia del análisis coordinado de estas materias demanda una previsible, aunque no por ello bizantina precisión. En efecto, podría inmediatamente acusarse la anomalía de que el argumento de la unidad de acción, en el dogmática del concurso de delitos, presupone que los comportamientos a unificar ya sean típicos, siendo justamente esto lo que, en varios grupos de casos, no ocurre con los aportes prestados en coautoría. Más allá de que, en realidad, sea en la doctrina del concurso donde el concepto de acción experimenta una alteración —pues no se trata de unificar acciones sin más, sino de unificar realizaciones típicas—, lo que interesa ahora no es la indagación de un tal concurso, sino el material subyacente a una unidad delictiva; es decir, compete aquí la pregunta acerca de qué es aquello que determina que pueda venir en consideración una sola acción cuando *prima facie* parecen ser varias (en principio, con independencia de su carácter individualmente típico o no). Así, estructuralmente, el denominador común que exhiben las categorías de la unidad de acción y de la coautoría reside en que, en ambos casos, su solución no privilegia la expresión de cuántas veces se ha infringido una norma de comportamiento, sino la forma en que ha sido quebrantada, a saber: unitariamente.

Justamente esto es lo que pareciera haber tenido en vista Beling al fijar como presupuesto de participación (*lato sensu*) la que denominara “co-pertenencia de acciones”, y, en otros pasajes, de manera más precisa: “unidad de realización del tipo penal”⁷⁷¹. Esta última fórmula, no obstante, por ser insensible a la clase de relación de agencia subyacente al comportamiento de los sujetos involucrados, solo permite describir el objeto de imputación en la coautoría; por el contrario, no puede explicar la estructura agencial que subyace a esta como criterio de imputación. De ahí que, para que se configure una instancia de coautoría, además de dicha unidad de realización del tipo (como asunto de antinormatividad), sea necesario identificar interpretativamente una acción conjunta entre los distintos comportamientos discretos de los coagentes, pues solo esto fundamentará que el quebrantamiento de la respectiva norma primaria les sea imputado como uno solo.

Para ilustrar la reformulación en clave agencial que aquí se ofrece de la tesis de Beling, considérese un ejemplo sencillo: *A* y *B* disparan desde la ventana de sus respectivos hogares a *C*, quien se encuentra sentado en el banco de una plaza situada justo enfrente de *A* y *B*. El testigo *D* podría describir el hecho tanto como una realización conjunta, o bien, como acciones independientes, según la dinámica específica bajo la cual los disparos hayan tenido lugar. Que tales comportamientos discretos se dejen describir (de manera preliminar) como una realización conjunta del tipo de homicidio, sin embargo,

⁷⁷¹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 394. Como ya se señaló, la expresión “co-pertenencia de acciones” ha de entenderse referida a las acciones en sí mismas —que, al co-pertenecerse, llegan a formar una unidad—, pero no así a los coautores, en el sentido de que a cada uno co-pertenezca la acción de los demás. Este último es el problema que justamente aqueja al principio de imputación recíproca.

no habilita a que este sea imputado, sin más, a título de coautoría, pues ello solo ocurrirá si tales comportamientos se dejan unificar interpretativamente como un único hecho, para lo cual es necesario identificar un patrón de agencia compartida entre *A* y *B*. Los casos de “autoría paralela” justamente muestran que, aquello que provisionalmente es susceptible de ser interpretado como una realización conjunta del hecho (o unidad de realización del tipo), finalmente, sin embargo, no se deja adscribir como un quebrantamiento unitario de la norma, por faltar un vínculo agencial que justifique la unificación de tales acciones. Por otro lado, y precisamente porque la tipicidad es una propiedad predicable de la acción conjunta, y no necesariamente de sus partes componentes, la coautoría no necesita articularse sobre la base de una “unidad de acciones típicas”⁷⁷², sino solo de una “unidad típica de acción”. Con otras palabras: no se trata de una unidad de realizaciones típicas, sino de una sola realización del tipo, para cuya unificación no es necesario que cada una de las partes componentes, individualmente consideradas, satisfagan el correspondiente tipo; y, en el caso de que tengan relevancia típica, no será esa la razón principal en que descasaría su potencial unificación⁷⁷³. En lo que sigue, algunas concreciones y consecuencias de la tesis de la “unidad típica de acción”.

En primer lugar, la economía interna del tipo de delito en cuestión ha de tolerar la unidad de acciones para que los coagentes vengan en consideración como coautores, lo que, a su vez, obedece a la premisa según la cual la coautoría es una estructura de imputación que ha de acoplarse a su respectivo objeto de imputación. Así, para utilizar un ilustrativo ejemplo de Beling, si *A* y *B* acuerdan que el primero maltratará violentamente a *C*, mientras que *B* hará arder en llamas la casa de *C*, al cabo de sendas ejecuciones, cada uno habrá de responder exclusivamente por su propio comportamiento —*A*, como autor directo de lesiones corporales; *B*, como autor directo del incendio provocado—, puesto que no existe un tipo de delito que capte ambas acciones, las haga converger en una acción compleja y sirva, en definitiva, como un espacio común de intervención⁷⁷⁴. Algo análogo ocurre en los delitos de propia mano, cuando el verbo con el que se describe la clase de acción típica no admite división del trabajo, ni resulta compatible con la acumulación de labores homogéneas. Y, en fin, sucede lo mismo en los delitos especiales propios, pues, aunque dos o más sujetos realicen conjuntamente el comportamiento que constituye el objeto de imputación, si uno de estos carece de la calidad o elemento personal que funda

⁷⁷² Aunque contingentemente podría serlo bajo una lectura individualizadora de los aportes, esa lectura no es la que viene en consideración al configurarse el objeto de imputación en una instancia de coautoría.

⁷⁷³ Este extremo ha sido agudamente puntualizado ya por Roxin, quien se sirve del siguiente ejemplo: varios sujetos quieren robar algo desde el interior de una fábrica vallada, y, después de haber saltado la reja, acuerdan dejar allí a uno de ellos como guardia. Como advierte Roxin, no parece que la responsabilidad de este último sujeto a título de coautor pueda depender del hecho de haberse apostado desde este o aquel lado de la valla. Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 153 y s.

⁷⁷⁴ Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 340, 394 y s.

su condición de sujeto activo del respectivo tipo, entonces la acción conjunta tampoco podrá configurarse como una unidad jurídica de acción.

Por otro lado, nótese que discurrir la (estructura de la) coautoría en términos de unidad típica de acción no supone en modo alguno que a todos los coautores deba aplicarse una misma norma de sanción. Esto es algo implícitamente reconocido por quienes aprueban la posibilidad de que un coautor responda por un delito común y otro por un delito especial impropio⁷⁷⁵. Supóngase que *A*, funcionario público, bajo tal calidad se apropia de objetos que se hallan bajo su custodia, cuestión que hace conjuntamente con *B*, quien, empero, no reviste dicha condición. En tal caso, *A* responderá como coautor por el tipo especial de malversación, mientras que *B* como coautor en un delito común de hurto⁷⁷⁶. Algo similar ocurre con la mal llamada “coautoría parcial”⁷⁷⁷: los comportamientos de los coautores convergen en un tipo básico, pero uno de ellos responde por el tipo agravado. Por ejemplo, *A* y *B* se apropian de una cosa propiedad de *C*, pero, además, *B* aplica violencia; *A* responderá como coautor por el tipo básico de hurto, mientras que *B*, debido a tal exceso, habrá de responder por el tipo agravado de robo⁷⁷⁸.

Existe un tercer aspecto que conviene explicitar. Así como los componentes de una acción conjunta no pierden su estatus de acciones individuales por el hecho de operar como componentes de una acción compuesta, tampoco la unificación de los aportes prestados en coautoría conlleva la negación de la pluralidad de acciones pertenecientes a los coautores, sino solo una afirmación de la unidad típica⁷⁷⁹. Según acaba de analizarse, esta precisión reviste relevancia superlativa de cara a la evaluación de la proyección teórica del principio de imputación recíproca, cuestionado precisamente por la circunstancia de que a los coautores se imputa una obra global, y no sus fragmentos. La caracterización de un comportamiento como parte de una acción compuesta no suprime la lectura

⁷⁷⁵ O mejor, de un “delito común agravado”, pues precisamente la condición de coautores presupone que los sujetos en cuestión haya quebrantado una misma norma de comportamiento.

⁷⁷⁶ Así, por ejemplo, HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., § 25/93; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 113, nota 277, invocando como argumento que la imputación del comportamiento ajeno, propio de la coautoría, no implica imputación de un injusto ajeno.

⁷⁷⁷ En realidad, en estos casos, como estructura de imputación, la coautoría queda perfectamente configurada; su sola particularidad reside en la aplicación de normas de sanción diversas.

⁷⁷⁸ En la relación hurto-robo es factible que solo uno de los coautores responda en virtud del tipo agravado, pues la coautoría se funda en la infracción de una misma norma de comportamiento. Distinto sería el caso en que la coautoría esté fundada en coacciones conjuntas, pues el exceso intensivo de parte de uno de los coautores que aprovecha de apoderarse de una cosa propiedad de la víctima determina que solo este último sea autor (directo) de un delito de robo. Algo análogo ocurre en la relación lesiones-homicidio, pues, si uno de los coautores mata al paciente, la divergencia no solo operaría en el ámbito de la norma de sanción, sino también en la norma de comportamiento. En cambio, en la relación homicidio-asesinato, por ser circunstancias extrínsecas al tipo de acción las que determinan el tránsito de una hipótesis básica a otra agravada, perfectamente podría apreciarse coautoría. Sobre estas constelaciones, en lugar de muchos, véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 134; ROXIN, *PG*, t. II, § 25/235 y s.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/28 y 74.

⁷⁷⁹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 340.

individualizadora que los discierne desde su individualidad —y, que, por cierto, es su lectura primaria—, pues la pertinencia de una de las varias descripciones posibles dependerá de cuál sea el interés pragmáticamente asociado a ello, es decir, qué acción pretende atribuirse. Entre otras cosas, solo así adquieren sentido los casos de exceso de alguno de los coautores, esto es, comportamientos que no logran integrarse en la acción unitaria conjunta por ir más allá del compromiso que los vincula recíprocamente. Asimismo, importará mantener dicha individualidad para las eventuales relaciones de participación que puedan trabarse con respecto a uno de los coautores, pues, para su establecimiento, evidentemente, no se requiere que el acto de favorecimiento beneficie (directamente) a todos los coautores. Y, en fin, es importante básicamente porque el comportamiento de uno de los coagentes, aunque bajo cierta descripción represente el fragmento de una acción conjunta permitida, bajo otra descripción alternativa, que lo contemple aisladamente, podría constituir en sí mismo un hecho delictivo en el que solo a uno de aquellos sujetos cabría responsabilidad a título de autoría individual⁷⁸⁰.

Dicho todo lo anterior, puede apreciarse ahora cómo este modo de presentar la estructura de la coautoría armoniza con alguna intuición básica. Por ejemplo, si *A* propinara, con la misma intensidad y sin solución de continuidad, cuatro golpes de puño a *C* —haciendo abstracción de cualquier resultado extravagante—, probablemente se calificaría el hecho como una realización iterativa del tipo de lesiones; del mismo modo podrá convenirse en que si esta vez, *A* y *B*, de consuno, golpean conjunta y alternadamente a *C*, dándole cada uno dos golpes de puño, seguirá habiendo un delito de lesiones en el que a *A* y *B* cabrá responsabilidad en calidad de coautores. Pues la coautoría de *A* y *B* —como la autoría directa de *A*, en el primer supuesto— no recaería sobre cuatro infracciones, sino sobre un solo quebrantamiento de la norma que prohíbe lesionar a otro, si bien constituido por una acción compuesta por cuatro golpes ejecutados, aquí, por dos coagentes.

La aplicación de este argumento tampoco debiese suscitar mayor resistencia cuando los coautores realizan separadamente comportamientos integrantes de la descripción típica, como sucede con los delitos complejos o de varios actos: *A* intimida a la víctima, en tanto que *B* realiza la acción de apoderamiento. La unidad de acción no descansa aquí en el hecho de que cada comportamiento se subsumiría “parcialmente” en el tipo de robo, de modo que el de ambos lo completarían, sino en que es la misma descripción típica la que permite que dichos comportamientos se tengan como partes componentes de una acción

⁷⁸⁰ En este sentido, FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/7, quien lo ejemplifica de la siguiente forma: si en la construcción de una casa intervienen tres sujetos, cada uno a cargo de la instalación eléctrica, de techar la vivienda y de poner el piso, tenemos que todos participan en una sola obra común. A pesar de ello, si se genera un incendio debido a una falla eléctrica, el único responsable será el electricista. Esto se explica porque es el objeto de imputación el que determina qué pertinencia reclama o no el hecho de que una acción forme parte de un proyecto global.

compleja gobernada por un patrón convencional. Una consideración análoga podría regir respecto de casos de causalidad cumulativa, en los que la unidad operaría de manera interna no al tipo, sino a la acción que ejemplifica la clase de acción descrita en el tipo.

En cambio, menos evidente se ofrece el ejercicio de unificar acciones que, aislada o individualmente consideradas, son en sí mismas típicas, de manera que la disponibilidad de la autoría directa como estructura de imputación haría aparentemente innecesario recurrir a la coautoría⁷⁸¹. Por ejemplo, si *A* y *B* perpetran conjuntamente daños a un monumento público, cada uno habrá actuado completamente de mano propia, y, salvo que para efectos de conmensuración de la pena o de que, por ejemplo, viniese en consideración una calificación del tipo en virtud del importe acumulado del detrimento o de la actuación grupal, en principio, de cara a su subsunción en el tipo, no parecería existir ninguna necesidad que obligue a considerar sus comportamientos discretos como una sola acción. Pero la posibilidad de una superposición contingente entre las estructuras de la autoría directa y la coautoría descansa en el hecho de que, según fuese señalado, el comportamiento discreto de los coautores admite una doble lectura: como “acciones individuales discretas” y como “partes de una acción conjunta”. Dado que se trata de una relación contingente de superposición⁷⁸², y no de subsidiariedad, podría haber casos en que, por diferentes razones, sea preferible la lectura unificadora que conduzca a la afirmación de coautoría. Entre tales razones, aparece desde ya el hecho de que el reconocimiento de un patrón de agencia común entre *A* y *B* ofrece una especificación en la descripción de cómo ha tenido lugar ese evento en el mundo —una unidad delictiva, en lugar de varios quebrantamientos independientes de la norma—, propiedad no reducible a sus acciones individuales y que, por ende, no puede ser captado por la solución de una pluralidad de autorías directas. Dicha particularidad podría imprimir al hecho una significación externa distinta de la que no podría dar cuenta la adscripción de sendas autorías directas, aunque permanezca la evidencia de que, si el comportamiento de tales sujetos fuese sometido a una descripción atómica, de igual modo, habrían podido responder como autores individuales⁷⁸³. Otro argumento en favor de la solución de coautoría podría residir en que una valoración jurídica aislada de tales comportamientos abre la alternativa de considerar el eventual favorecimiento que el comportamiento de un

⁷⁸¹ De ahí que, según algunos, dado que la imputación recíproca no cumple ninguna función en los delitos de mera actividad, la coautoría quedaría excluida de antemano en ellos.

⁷⁸² Así, con respecto a los casos de causalidad alternativa, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 85.

⁷⁸³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría», *Actualidad penal*, 1 (1997), p. 49, acertadamente señala que el “plus” de una actuación conjunta podría revelarse en un incremento cuantitativo de la virtualidad lesiva (v. gr., un gran número de golpes en escaso lapso), o bien, de manera cualitativa, fomentando el ánimo vejatorio o generando una situación de indefensión en la víctima. En efecto, en lo que afecta a este último aspecto, cabe notar que las posibilidades reales de que el sujeto pasivo pueda ejercer sus derechos de defensa, así como la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler una agresión, no resultan en absoluto indiferentes al hecho de que sean dos o más los que conjuntamente lo agreden.

autor podría haber surtido en el de otro, mientras que una interpretación unificadora conduce a excluir la posibilidad de que a un sujeto se apliquen distintas modalidades de intervención en un mismo hecho⁷⁸⁴.

Tanto para las constelaciones más problemáticas, como las recién esbozadas, así también para las que brotarían de manera más intuitiva —cada coautor realiza de propia mano una parte del comportamiento típico (que no del tipo, que no admite realizaciones parciales)—, la articulación de la coautoría como una unidad jurídica de acción permite explicitar que se trata de un quebrantamiento unitario de la respectiva norma. Esto último, a su vez, posibilita trazar una diferencia estructural, tanto con la así llamada “autoría paralela” (en la que, desde un plano normológico, hay una pluralidad de agentes en una pluralidad delictiva), como con la participación (en la que hay una pluralidad de acciones, una principal y otra u otras auxiliares, pero un solo hecho delictivo). Junto con lo anterior, en comparación con la imputación recíproca, esta tesis casa mejor con las fórmulas al uso que las Partes generales de los códigos suelen recoger —esto es, la realización conjunta “del hecho”—, amén de favorecer la explicación de la idéntica penalidad que amenaza a coautores y autores directos. Pues la responsabilidad del coautor no recae en su aporte prestado al hecho, sino por el hecho en su conjunto, para cuya adscripción el primero cuenta como base. De otra forma, dicha equivalencia de penas vendría irremediamente afectada por una sobrevaloración en el comportamiento del coautor, en consonancia con el prejuicio que razona a la coautoría como *minus* de autoría⁷⁸⁵. Por el contrario, si, en lugar de aislar el comportamiento de los coautores, se procede de acuerdo con una lectura diferenciadora que dé cuenta tanto del carácter individual de sus aportes, en tanto que base para su imputación, como del carácter conjunto del comportamiento que es objeto de imputación, se obtiene entonces una explicación más satisfactoria de cara al principio de responsabilidad por el propio hecho. Que a través de esta visión “unificadora” del objeto de imputación se resguarde dicho principio quizá constituya una paradoja, mas no una contradicción, ya que las acciones conjuntas también son —con todo lo que esto implica— acciones propias.

⁷⁸⁴ A propósito de la coautoría por omisión, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, 17/4, ofrece un argumento similar, sosteniendo que (excepcionalmente) ella no será superflua cuando la decisión conjunta pueda fundamentar la punibilidad de actos preparatorios, como la conspiración para el delito. Desde luego, este argumento aún podría reforzarse si se asumiera la tesis de que la conspiración representa una coautoría anticipada —ya que entonces lo que es fase previa de coautoría no podría luego desarticularse como autorías individuales directas solo porque no haya sido necesaria la imputación recíproca—, sin embargo, dado que aquí se considera que la llamada “decisión conjunta” no es un elemento independiente de las contribuciones prestadas por los coautores, ese argumento adicional no podría acogerse.

⁷⁸⁵ Desde ese punto de vista, la acción de un coautor, individualmente contemplada, sería siempre menos grave que la de un autor directo. Dicha inferioridad suele compensarse por la vía de caracterizar a la actuación conjunta como un medio comisivo de suyo más peligroso, a pesar de que se trata de un factor puramente contingente. Al respecto, por ejemplo, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 236, quien busca compensar la inferioridad mencionada a partir de la mayor facilidad para superar impedimentos físicos y la mejor capacidad de adaptación que, frente a situaciones cambiantes, favorecería la intervención de varios sujetos.

4.4. Una precisión: la distinción entre acción (u omisión) conjunta y coautoría

Que la coautoría necesite descansar en una relación de agencia compartida, que este dato permita trazar una diferenciación a nivel agencial con la autoría individual (directa y mediata), y que, sobre todo, en términos sistemáticos su desarrollo haya de situarse en el primer nivel de imputación, relativo a la capacidad de acción de un sujeto, no implica en modo alguno que la relación de coautoría se identifique con la acción conjunta que le sirve de base. Pues, como se anticipó, las herramientas conceptuales que pueden tomarse prestadas de la teoría (en este caso, analítica) de la acción favorecen la mejor comprensión del fenómeno subyacente a la coautoría, pero no sustraen a esta su estatus de concepto jurídico, y, más específicamente, no le privan de su calidad de estructura de imputación. Esto último, según se verá, es fundamental de cara a la introducción del principio de contrafactividad de la imputación, que justamente tamiza el sentido en el cual, en términos jurídico-penales, interesan las intenciones compartidas entre dos o más sujetos.

Por lo demás, que no toda acción conjunta dé pábulo a una relación de coautoría debiese resultar notorio a la luz de los tipos de delito plurisubjetivos (unilaterales y bilaterales)⁷⁸⁶. Piénsese también en los delitos especiales propios: es posible que el comportamiento típico sea desplegado, bajo la forma de una acción conjunta, por dos o más sujetos, y, sin embargo, ello no derive en la afirmación de coautoría, porque solo uno de ellos reviste la calidad personal exigida en el tipo. Pero también ya al interior de la propia teoría de la intervención interesa distinguir entre acción conjunta y coautoría. Nada inusual es que se afirme la plena factibilidad teórica de una complicidad, inducción o autoría mediata “en coautoría”⁷⁸⁷. Sin embargo, lo que estas constelaciones hacen reconocible no es más que la posibilidad de que a tales modalidades de intervención subyazga una relación de agencia compartida. Un ejemplo: *A* y *B* coaccionan conjuntamente a *C* para que este mate a *D*. Etiquetar a esta u otras constelaciones análogas como una “autoría mediata en coautoría”⁷⁸⁸, sin embargo, supondría una combinación de categorías, ya que la coautoría es una estructura destinada a imputar a título propio no cualquier hecho, sino la realización de un tipo delictivo o su tentativa. En el supuesto sugerido, lo desplegado por

⁷⁸⁶ Así, por ejemplo, la circunstancia 2ª del artículo 180 del CPE, dispone un supuesto agravado de violación fundada en la “actuación conjunta de dos o más personas”, sin que tal cláusula necesariamente *tenga que* entenderse en sentido fuerte, esto es, en términos de una coautoría. En este último caso, la pluralidad de agentes fundamentaría un criterio de autoría, mientras que en el supuesto mencionado la acción conjunta se integra como un elemento interno al tipo agravado. En cualquier caso, cómo una técnica legislativa tal se deja conciliar con el *ne bis in idem* es algo en lo que aquí no cabe entrar.

⁷⁸⁷ Por ejemplo, JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/192; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 50/79; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/193.

⁷⁸⁸ Denominarla “coautoría mediata” presentaría, amén del problema señalado en el texto, el de privilegiar el esquema de imputación propio de la coautoría —realizar conjuntamente el *hecho*—, ocultando con ello que, en tal supuesto, los coagentes establecen contacto con el tipo a través del comportamiento de otro.

A y B es una acción conjunta que opera como el medio a través del cual instrumentalizan a C, empero, este no es el objeto que se les imputa, sino más bien la muerte de D a instancias de C. Para hacer explícito el hecho de que a la respectiva modalidad de autoría o participación subyace una acción conjunta cabría hablar de co-autoría mediata, co-complicidad o co-inducción, pero no de coautoría propiamente tal⁷⁸⁹. Ello confirma que puede haber una agencia compartida que no necesariamente derive en la afirmación de una coautoría. Sobre la importancia de este extremo habrá oportunidad de volver a propósito de la infracción conjunta de una exigencia de cuidado⁷⁹⁰.

IV. Presupuestos de la responsabilidad penal del coautor

Previo al desarrollo de los presupuestos de la responsabilidad penal del coautor, urge la siguiente prevención. No se trata de articular lo que bajo una terminología extendida en la literatura general y especializada se denomina “tipo objetivo” y “tipo subjetivo” de la coautoría. Al margen de que los adjetivos de tal dicotomía no son del todo precisos como parámetros descriptivos de las peculiaridades que distinguen a la pareja de exigencias que tradicionalmente aquí se convocan, técnicamente, la expresión “tipo”, como se ha insistido a lo largo de esta investigación, es incompatible con el carácter adscriptivo que consagra a la coautoría como instituto jurídico-penal. Acentuar este aspecto no solo es importante porque las condiciones de cuya satisfacción depende que un comportamiento sea objeto de imputación difieren de aquellas que le brindan el estatus de base para una imputación (a título de coautor), sino porque discurrir en términos de un “tipo subjetivo” en la coautoría conduce a identificar este elemento con aquellas categorías que sí reconocen en el “tipo objetivo” su objeto de referencia: el dolo y la imprudencia.

El presupuesto capital para que un sujeto sea calificado jurídico-penalmente como coautor es que pueda reconocerse en su comportamiento, junto con el de otro u otros, la asunción y aplicación de un patrón de agencia compartido, como elemento de síntesis que caracteriza una acción conjunta. A su vez, la atribución de dicho patrón se vuelve posible a partir de la identificación de compromisos cognitivos y prácticos consistentes manifestados en contribuciones que han de exhibir simetría funcional de cara a la composición de la acción conjunta en cuestión. Ahora bien, dado que justamente es la ejecución de los comportamientos que realizan las condiciones de satisfacción de los estados intencionales (cognitivos y prácticos) la vía por la que se torna más reconocible

⁷⁸⁹ Así ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 450, quien plantea este interrogante a propósito de dos sujetos que inducen conjuntamente a un autor. Al respecto, Beling concluye que la coautoría no puede aplicarse directamente a la inducción ni a la complicidad, pues la primera se refiere a una “ejecución” conjunta (del hecho), mientras que las segundas constituyen solo acciones preparatorias o perimétricas. En tal caso, dicha *cuasi-coautoría* sería en realidad una coinducción (*Mitanstiftung*).

⁷⁹⁰ Al respecto, *infra* Cap. Séptimo, apdo. IV.2.1.

la adopción de tales compromisos, en realidad, no se trata aquí de dos exigencias independientes, ni de dos aspectos fenomenológicamente disociados. Más importante todavía: dos o más comportamientos no son funcionalmente equivalentes (y, en esa medida, candidatos a ser considerados base para una imputación a título de coautoría) por el hecho de que pueda reconocerse un nexo intersubjetivo entre ellos, sino que este justamente permite unificar comportamientos que, objetivamente considerados, *ya exhiben* esas características. Sin embargo, con el propósito de facilitar su exposición y desarrollo —en consonancia con el tratamiento “cronológico” tradicional⁷⁹¹—, se analizarán primero los presupuestos relativos a la identificación de un nexo intersubjetivo del que depende una relación de agencia compartida, para luego revisar qué calidad y medida debiesen revestir las contribuciones apropiadamente expresivas de ella.

1. El nexo intersubjetivo entre potenciales coautores

1.1. Algunas de las fórmulas tradicionales de articular el nexo intersubjetivo

El heterogéneo plexo de rótulos que se disputan la caracterización de este presupuesto de la coautoría es, como en todo orden de asuntos, sintomático de una profunda falta de consenso en contenidos. Por esto, y porque la alternativa que aquí se propone también descansa sobre presupuestos teóricos distintos, previo a su tratamiento, resulta necesario ofrecer un breve panorama de las fórmulas dogmáticas más extendidas, como de las reservas que, en su caso, podrían suscitar.

Una ortodoxa forma de denominar esta exigencia, y que en España dio lugar a una célebre tesis jurisprudencial, es la de *acuerdo mutuo*. A partir de esta nomenclatura, junto con otras —pacto, concierto, confabulación, todas históricamente ligadas a los albores de la coautoría como complot—, busca enfatizarse el carácter convencional que habría de revestir una acción conjunta. Sin embargo, los problemas surgen precisamente porque no toda convergencia intencional tiene que originarse en un acuerdo. También es instancia de intersubjetividad práctica un caso en el que, por ejemplo, *A*, decidido a realizar *x*, propone a *B* que realicen *x* conjuntamente, limitándose este último nada más que a prestar su adhesión. Ahora bien, aun cuando la noción de acuerdo abarcase adaptaciones a planes originariamente ajenos, esta tesis es problemática de cara a hipótesis en las que, a pesar de actuar coordinadamente, dos o más sujetos se limitan a ejecutar roles asignados por un tercero, sin que medie acuerdo alguno entre ellos.

⁷⁹¹ Que, por cierto, también es puramente contingente, en la medida en que dos o más sujetos pueden adoptar espontáneamente un patrón unitario de comportamiento.

Las expresiones *resolución conjunta* y *decisión conjunta*, igualmente extendidas en la dogmática de la coautoría, en tanto que culminación de la fase de deliberación —de forma similar a la premeditación—, tienden a acentuar un proceso psíquico. Según se ha visto, nada anómalo afecta a la afirmación de estados intencionales compartidos en la medida en que se distinga entre el “sujeto intencional” y el “sujeto de la intención”. Pero precisamente a esto se opone la idea de *una* resolución o decisión “conjuntas” —y no solo compartidas—, pues ellas, en realidad, son procesos psíquicos que tienen lugar en cada sujeto⁷⁹². Por esto, la nomenclatura genera un riesgo adicional de confusión entre la “resolución conjunta”, como presupuesto de la coautoría, con la decisión relativa a la realización de cada una de las partes que componen una acción conjunta. En cambio, distinto es que la deliberación pueda exteriorizarse, que se realice conjuntamente y que el contenido de cada decisión coincida con el de otro u otros. Pero, incluso si se razonara en tales términos, a lo sumo podría existir una relación de inducción recíproca, lo que, sin embargo, es absolutamente contingente. Además, sigue presente la posibilidad de que los potenciales coautores no hayan decidido nada conjuntamente, sea porque un tercero coordinó las acciones que ellos ejecutarán, sea incluso porque únicamente comparten la intención de no ejecutar una acción, sin que para ello hayan decidido conjuntamente omitirla. En fin, todo ello explica que, en opinión de algunos, en lugar de decisión conjunta al hecho, tendría que hablarse más bien de la “decisión a [la realización de] un hecho conjunto”⁷⁹³, sin perjuicio de que por esta vía tampoco se esclarece cómo dos o más sujetos quedan vinculados por la decisión a ejecutar conjuntamente ese hecho.

Dado que una acción conjunta no requiere necesariamente de una decisión conjunta —o no, al menos, la adopción conjunta de dicha decisión—, un creciente sector doctrinal habla ahora de un *plan del hecho conjunto*, o bien de un *proyecto de acción conjunta*⁷⁹⁴. Adicionalmente, de esta manera podría distinguirse nítidamente, de un lado, el plan del hecho como proyecto de acción entre los coautores y, del otro, la decisión (individual) que precede inmediatamente a la ejecución de las contribuciones destinadas a cumplir dicho proyecto. Ocurre, sin embargo, que la presencia de un plan (o proyecto) de acción también es contingente. En términos generales, toda acción es la realización de una clase de intención, llamada justamente “intención en acción”. Ordinariamente, estas últimas vienen precedidas de “intenciones previas”, esto es, de planes por medio de los cuales

⁷⁹² Cfr. STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, p. 184, quien opina que justamente por su carácter individual, el conocimiento y la voluntad, como procesos subjetivos, no pueden operar como elementos de conexión.

⁷⁹³ Así, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, p. 160.

⁷⁹⁴ Cfr. FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/1; KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, pp. 184, 192 y ss.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/21; ROXIN, *PG*, t. II, § 25/192; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/195 y ss.; WEIßER, *Täterschaft in Europa*, pp. 329, 368 y 472. Recientemente, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 516 y ss., habla de un programa de acción que, tratándose de la coautoría, tendría que ser expresivo de una “intencionalidad-de-nosotros” (*Wir-Intentionalität*).

uno o varios sujetos preparan la puesta en marcha de la respectiva “intención en acción”, la que tendrá lugar una vez presentadas las circunstancias propicias para ello⁷⁹⁵. Ahora bien, dado que perfectamente pueden ejecutarse acciones espontáneas —o incluso, acciones aleatorias que, en cierto momento, pueden devenir en conjuntas, como en una riña—, la identificación de un plan o proyecto de acción conjunta, pese a ser quizá la regla general, no puede venir en consideración como presupuesto, sino a lo sumo como una herramienta heurística de cara a la atribución de un patrón de agencia vinculante. Pues aun cuando existiera semejante plan, dado que este siempre podría ser reformulado antes de materializarse en la respectiva “intención en acción”, que el plan haya sido adoptado conjuntamente tampoco permitiría asegurar que las acciones que lo ejecutan también sean conjuntas. Por la misma razón, la noción de plan encuentra dificultades cuando se trata, ya no de la configuración expresa de un patrón inequívoco de comportamiento conjunto, sino de uno que se constituye a través de actos concluyentes.

Una sugerente vía de superar el óbice apuntado acaso sea recurrir a la noción de *aceptación mutua* de la realización del tipo, en términos de que el aporte de un coautor sea “asumido por los demás como parte de una unidad”⁷⁹⁶. Al respecto lo primero que cabría prevenir es que la noción de aceptación es ambigua, ya que puede ser entendida, bien como el acto (voluntario) de aprobación, bien como el estado cognitivo (no voluntario) de reconocimiento de algo⁷⁹⁷. En el primer supuesto, el problema es que un sujeto podría aceptar, llegado el caso, el aporte de dos o más sujetos, y, sin embargo, no darle crédito a dicha posibilidad, por desconfiar de que realmente lleguen a tener lugar. Si, en cambio, con aceptación se refiere uno al reconocimiento de un suceso, sin que ello implique aprobación alguna, entonces el problema es que podrían caracterizarse como instancias de acción conjunta sucesos en los que solo existe un compromiso doxástico entre los coagentes, pero no un compromiso práctico. Con ello, si es que la noción de aceptación (como reconocimiento) no puede reducirse a la sola presencia de compromisos cognitivos compartidos, pero tampoco a la sola aprobación del carácter conjunto de una acción, ya que tanto el componente cognitivo como el intencional son necesarios para presentar el esquema de razonamiento práctico de dos o más sujetos, lo más conveniente sería contar con categorías que precisamente permitan diferenciar ambos aspectos.

Al igual que si se tratase de un agente solitario, dos o más coagentes no pueden proponerse realizar una acción conjunta sin identificarla previamente; ello no es más que una

⁷⁹⁵ Para la distinción entre intención previa e intención en acción, SEARLE, *Making the Social World*, pp. 33 y ss. Al respecto también LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, pp. 41 y ss.

⁷⁹⁶ Así, la propuesta de BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, pp. 37 y ss.

⁷⁹⁷ Para esto y lo que sigue, véase BRATMAN, *Faces of Intention*, pp. 20 y ss. Sobre la noción de aceptación como tipo de “actitud-pro”, cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3., a propósito de una breve revisión crítica de las llamadas teorías volicionistas del dolo.

consecuencia del llamado elemento cognitivo de la premisa de intención presente en todo razonamiento práctico. Por esto, nada extraño es que, a tenor de una caracterización estandarizada de la coautoría, esta sea designada como la comisión conjunta del hecho a través de una “*cooperación consciente y querida*”⁷⁹⁸. En la medida en que esta definición representa un claro traslado de los componentes tradicionalmente asociados al dolo, pronto habrá ocasión de examinar si el objeto de referencia de la acción conjunta sobre la cual se construye una instancia de coautoría necesita ser un hecho delictivo. De momento, interesa puntualizar que la noción “cooperación consciente” no es totalmente precisa, pues la consciencia no es un estado cognitivo, sino el modo en que puede tenerse un estado intencional (cognitivo o de otro tipo). Por su lado, hablar de “cooperación querida” presenta el inconveniente de que se exige un estado intencional desiderativo, en circunstancias de que uno o más sujetos pueden querer o desear algo y, sin embargo, no proponerse su realización; y, a la inversa, pueden proponerse la realización de una acción, pero no haberla querido o deseado, como ocurriría si dos sujetos realizan un tipo bajo las condiciones de un estado de necesidad de exculpante. Más importante aun: una “cooperación querida” supondría trasladar a la coautoría las dificultades que suscitan las acciones con consecuencias no queridas, como las que, al exigirse un elemento volitivo, enfrenta el “dolo de consecuencias necesarias”.

Por supuesto, existen otras alternativas constructivas del nexo intersubjetivo entre potenciales coautores, algunas sugeridas específicamente para su adaptación al injusto imprudente, por lo que más adelante habrá oportunidad de incidir en ellas⁷⁹⁹. En cambio, a continuación, se realizará un breve repaso de las tesis que, por el contrario, se presentan directamente como refractarias a este presupuesto de la responsabilidad penal del coautor, con el objetivo de insistir aquí sobre su indisponibilidad.

1.2. Relativización y renuncia de la necesidad de un nexo intersubjetivo. Breve exposición y crítica

En el último tiempo, el presupuesto de la responsabilidad del coautor que ahora se trabaja ha sido sometido a una intensa revisión crítica, al socaire de tesis que abogan por relativizar dicha exigencia, cuando no directamente por su renuncia. Un ejemplo de lo primero se encuentra en las voces que sugieren la plausibilidad de una llamada “coautoría unilateral”, esto es, la aplicable a casos en que solo uno de los sujetos sabe que su comportamiento se superpone con el de otro. Aparentemente, la solución de coautoría

⁷⁹⁸ Así, por ejemplo, hablan de “cooperación consciente y querida” (*bewusstes und gewolltes Zusammenwirken*), EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., § 25/56; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 30; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 29ª ed., § 25/9.

⁷⁹⁹ Véase *infra* Cap. Sexto, apdo. IV.1.

respecto de un solo individuo no debería suscitar reparos en la medida en que “el” coautor conocería el comportamiento ajeno que le sería imputable como propio⁸⁰⁰. Esta tesis ha adquirido mayor celebridad bajo el rótulo “decisión de ajuste”, acuñado por Jakobs⁸⁰¹. Para proceder a su ponderación, imagínese el siguiente supuesto:

A observa que B vierte veneno en el vaso de C. Temiendo que la cantidad de veneno sea insuficiente, A vierte una segunda dosis, que resulta mortal en conjunción con la primera suministrada por B.

Luego se volverá sobre este último ejemplo. Por de pronto, interesa notar que, incluso más allá de tales supuestos de adaptación unilateral, hay quienes consideran que la llamada “resolución conjunta” no es más que un elemento contingente en la coautoría, pues nada impediría que esta se vuelva reconocible con arreglo a parámetros estrictamente objetivos⁸⁰². El desarrollo consistente y hasta sus últimas consecuencias de la concepción de la coautoría como mancomunidad normativa ha determinado que esta noción débil de coautoría devenga directamente en prescindir de toda exigencia de conocimiento de las contribuciones de otros intervinientes. Así pues, el sentido delictivo de los aportes prestados en coautoría se presentaría como una relación exclusivamente objetiva, establecida de acuerdo con los datos que suministra aquello que algunos de sus partidarios llaman semántica social; a ella no afectaría en modo alguno el significado que los potenciales coautores atribuyan al hecho, ni tampoco, por ende, si ellos saben que su comportamiento se integra con el de otros⁸⁰³.

Con apoyo en la tesis de las intenciones participatorias superpuestas de Kutz, van Weezel ha ofrecido una sofisticada forma de fundamentar la prioridad de análisis que, desde la

⁸⁰⁰ Por esto, ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 410 aceptaba esta posibilidad. Para una temprana crítica a la pretensión de una coautoría unilateral, véase MAYER, M. E., *PG*, p. 473.

⁸⁰¹ Paradigmático, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 21/44; siguiéndole, DERKSEN, *GA* (1993), p. 173. Simpatiza con esta solución PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, pp. 279 y s., quien, en el contexto de una crítica a la tesis de la representación recíproca, aboga por una “objetivización del esquema de interpretación”, que redundaría en la posibilidad de tener por suficiente una asunción unilateral. Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, pp. 389 y ss., 444 y ss., 639 y ss., quien tampoco exige “acuerdo mutuo”, principalmente sobre la base de que la valoración jurídico-penal de la conducta de un sujeto no debiese verse afectada por el hecho de que otro sujeto la conozca (o no).

⁸⁰² Según SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 189 y ss., existen ciertos espacios sociales de corresponsabilidad en los que la resolución conjunta no es necesaria. Habría otros, en cambio, en los que la imputación recíproca solo podría fundamentarse subjetivamente (*ibidem*, pp. 223 y ss.)

⁸⁰³ En realidad, no solo sería factible una adaptación unilateral de quien actúa después, sino también del primer actuante, cuando su comportamiento configura las condiciones necesarias para que otro realice el hecho. Desde una comprensión puramente objetiva de la coautoría, ambos sujetos podrían responder bajo ese título. De ahí que luego JAKOBS, «Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition», en PUTZKE *et al.* (eds.), *FS-Herzberg*, 2008, p. 397, nota 5, clarifique que, si la coautoría ha de ser definida como mancomunidad objetiva (*objektive Gemeinsamkeit*), la noción de decisión unilateral de ajuste todavía se mostraría insuficiente. En ese sentido ya LESCH, *ADPCP* (1995), p. 963; VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, pp. 298 y 334, nota 154. En esta línea, véase también FALCONE, *Indret*, 3 (2017), p. 10; ROBLES PLANAS, *La participación*, pp. 153 y ss.

visión de la coautoría como mancomunidad normativa, habría de exhibir la fijación del tipo. Formulado sintéticamente, según van Weezel, “la mancomunidad depende de la descripción extensional del suceso (...), y de que exista una intersección en la forma como se realizan efectivamente, en el mundo, las intenciones de cada uno”, de manera que “el actuar conjunto implica una superposición en el plano intensional que a su vez supone la condición extensional que se trate de un mismo suceso”⁸⁰⁴. Ahora bien, ciertamente, debe concederse sin más el hecho de que para la constatación del objeto de imputación solo interese, por así decirlo, la convergencia extensional de los comportamientos desplegados por los potenciales coautores, que lo mismo podría dar cuenta de nada más que un mero comportamiento colectivo entre agentes independientes. Tratándose de la coautoría, sin embargo, todo el punto pasa precisamente por constatar que una convergencia cognitiva e intencional entre el comportamiento de dos o más sujetos determina la creación de un contexto intensional del que necesariamente se sigue una reducción del espectro de comportamientos que solo *prima facie* quedarían comprendidos en su extensión: aquella convergencia permite que, en lugar de un set de acciones individuales aisladas, pueda hablarse de una sola acción conjunta. Por esto, no puede afirmarse aún la intersección de comportamientos en el plano extensional de *una* misma acción, ya que *la identidad* de esta es justamente aquello que queda condicionado al reconocimiento de propiedades que permitan discernirla de lo que constituye una pluralidad de acciones superpuestas.

Así y todo, las tesis acabadas de exponer no han conseguido imponerse. En lo que aquí interesa, el principal déficit que las afecta consiste en dar por presupuesta la viabilidad constructiva de una coautoría sustentada en un “mero comportamiento colectivo” —que no requiere consistencia doxástica alguna entre los agentes—, y no en la de acción conjunta, con la consecuente difuminación de límites entre aquella categoría y la llamada usualmente “autoría paralela”. Como ya se ha señalado aquí, para que dos o más sujetos actúen conjuntamente es indispensable que sus estados intencionales cognitivos se ajusten a un “*modo-actitudinal-nosotros*”, es decir, que contengan una referencia a los aportes del resto y a la acción a la que todos contribuyen, pues la condición de “parte” de una acción conjunta (x_1, x_2, \dots) solo se encuentra epistémicamente disponible por referencia a otros comportamientos que operan igualmente como parte, es decir, como fragmentos de ese mismo todo (x)⁸⁰⁵. De lo contrario, quedaría oculto el hecho de que el comportamiento de sus compañeros opera como una razón que, si no explica, al menos justifica por qué ejecutar o abstenerse de ejecutar su propia acción. Al margen del aspecto estructural, lo anterior es importante ya que la responsabilidad que comporta la coautoría, dada la forma en que se constituye su objeto de imputación, solo se justifica a partir de una extensión auto-consciente del ámbito propio de responsabilidad. Si los coautores no tuviesen que abarcar las contribuciones de otros como piezas integrantes de un hecho

⁸⁰⁴ Cfr. VAN WEEZEL, *RCDPC*, 3, (2014), pp. 197 y 200.

⁸⁰⁵ Como se verá, otra cosa distinta es cómo se calibran tales contenidos: si objetiva o subjetivamente.

conjunto, entonces ellos tampoco podrían reconocerse como (co)agentes en él. La posibilidad de que alguien se haya reconocido prospectivamente —vía autoadscripción— en el *mismo* hecho que posteriormente pretende atribuírsele es una condición ineludible para que ese sujeto pueda anticipar las consecuencias por las cuales eventualmente habría de responder⁸⁰⁶. Esto, que rige para acciones individuales, aplica *a fortiori* tratándose de una responsabilidad que no se funda en actos ejecutados totalmente de propia mano.

Esta exigencia de reciprocidad tampoco se cumple si solo uno de los sujetos, de manera unilateral, adapta su comportamiento al ajeno, pues, por más que se valga de lo realizado por otro sujeto responsable —al que no instrumentaliza—, el mero aprovechamiento no convierte a una acción individual, así complementada, en una acción conjunta —el significado de lo que realiza ese sujeto no está a su disposición—, ni, por tanto, en base para una coautoría: seguiría habiendo dos hechos distintos. En el ejemplo considerado más arriba, para que a *A* se impute un homicidio, a título de dolo, bajo la condición de autor directo, no es necesario que su comportamiento se unifique con el de *B*, ni que su responsabilidad se funde en una “realización conjunta” del hecho, pues lo ejecutado por *B* representa un factor que ya se encuentra presente en el mundo al momento de intervenir *A*, por lo que no es necesario que sea explicado causalmente a través de la intervención de este último. En definitiva, la solución es la misma que si *A* simplemente hubiese dado muerte a *C*, mientras este agoniza por causas naturales⁸⁰⁷.

1.3. Convergencia en los planos cognitivo e intencional entre los potenciales coautores

La forma en que se construye el nexo intersubjetivo entre potenciales coautores puede basarse en un doble requerimiento reconocible a nivel de razonamiento práctico, uno cognitivo y otro intencional, que permiten fundamentar la unificación de sus contribuciones individuales. Con motivo de la estipulación de una noción autónoma y pragmáticamente orientada de acción conjunta ya se hizo alusión a ellos. Corresponde ahora recuperar este argumento, con el objeto de calibrar su rendimiento de cara al concepto jurídico-penal de coautoría, cuyo estatus de regla de imputación hará necesaria la introducción de matices de distinta índole.

⁸⁰⁶ Sobre la noción de autoadscripción, si bien a propósito de acciones individuales, QUANTE, *El concepto de acción en Hegel*, pp. 83 y s., 122, 163 y ss., 186 y ss. Para una idea estructuralmente análoga: la necesidad de anticipación actual del remordimiento futuro, BRATMAN, *Faces of Intention*, pp. 79 y ss., 85 y ss.

⁸⁰⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" en el delito», en BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 106 y s., con nota 28: si se conoce la actuación anterior, “el hecho conocido ajeno es imputable al dolo del autor como cualquier otro hecho objetivo con relevancia para la lesión típica”. A estos escenarios Molina Fernández denomina “intervención coordinada en una sola dirección”.

1.3.1. Consistencia en los compromisos doxásticos de los coautores

A pesar de las opiniones esbozadas en el apartado anterior, sigue existiendo consenso en orden a que los coautores, para ser tales, han de saber que actúan conjuntamente. Con todo, es usual que a este respecto se trabaje con una exigencia que, por un lado, es una categoría epistémica particularmente exigente, pero que, desde otro punto de vista, se articula en términos algo laxos, a saber: el “conocimiento mutuo” o “conocimiento recíproco” de la realización conjunta del hecho.

Según fuese señalado a propósito del dolo, como criterio de imputación subjetiva, la exigencia general de *conocimiento* va muy allá, ya que supone la creencia verdadera y justificada de algo. De ello se sigue que el objeto sobre el cual recae ha de ser real, concreto y actual. Sin embargo, si las contribuciones de los demás potenciales coautores aún han de ser prestadas, cada coautor no podría “conocer” o “saber” que actuará conjuntamente con otro, y, sin embargo, sí que podría creerlo, es decir, contar con ello y “tenerlo por” verdadero⁸⁰⁸. Para que esto sea así, no es necesario que a cada uno asista la convicción de que el resto prestará su contribución; más bien, bastaría con que cada cual opere bajo la suposición o la expectativa de que, así como él realiza o realizará la parte que le corresponde, los demás hacen o harán lo mismo con la suya⁸⁰⁹. Por esto, como se verá a propósito de decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados⁸¹⁰, la posibilidad de una acción conjunta no es incompatible con una falta de certidumbre inicial de un sujeto con respecto a que los demás prestarán sus respectivos aportes, sino solo con la creencia de que esto, en efecto, no sería así, o bien, con supuestos en los que la reunión de comportamientos acaba siendo simplemente producto del azar.

En contrapartida, el carácter *recíproco* del conocimiento que necesitaría identificarse entre los coautores representa una condición demasiado débil⁸¹¹, ya que solo da cuenta de una actitud proposicional de segundo orden. Con lo anterior quiere decirse que, si son dos los sujetos implicados, *A* y *B*, únicamente se requeriría que “*A* sepa o crea que *B* sabe o cree *que p*”; y viceversa. Pero para que se genere una genuina instancia de intersubjetividad práctica es indispensable que los coagentes incluyan en sus propios estados cognitivos una referencia a los del otro u otros. A esto último se le conoce como

⁸⁰⁸ Por esto, a propósito del dolo, se sigue aquí una aproximación “doxástica” (es decir, fundada en la noción de creencia), más que cognitivista. Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3., y las referencias bibliográficas ahí citadas.

⁸⁰⁹ SEARLE, *Making the Social World*, p. 53; TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, pp. 46 y ss.

⁸¹⁰ Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. II.3.

⁸¹¹ Véase por todos GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 135 y 158; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/34; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/22.

“creencias interactivas”⁸¹². Solo bajo la forma de actitudes proposicionales de tercer orden⁸¹³, como las referidas, puede crearse un contexto comunicativo entre los sujetos *hasta un punto* en el cual se ofrezca la *posibilidad* de coordinación entre ellos⁸¹⁴, y que les habilite a suponer de manera mínimamente justificada el hecho de que realizan algo junto con otro u otros⁸¹⁵.

Ahora bien, a primera vista, podría imaginarse que lo hasta aquí avanzado es incompatible con acciones conjuntas compuestas por una larga serie de aportaciones individuales, dado lo improbable que los coautores conozcan a todos los demás, o bien, que anticipen las particularidades de cada una de las contribuciones restantes. En realidad, esto no es necesario. Para que se genere la intersección comunicativa que se comenta, no se precisa que los potenciales coautores conozcan los detalles⁸¹⁶, sino las dimensiones esenciales de las prestaciones de los demás (de lo cual depende, por cierto, la auto-comprensión de su propia prestación como parte de un todo). En contextos estructuralmente complejos, es común que cada sujeto solo esté en condiciones de saber o contar con que los demás actuarán en el desempeño de sus funciones, más que en ejecución de una función específicamente determinada.

Pues bien, de esta manera, se requiere que: (i) cada coautor sepa o crea que su comportamiento representa la parte de una acción conjunta; (ii) que esta parte se halla o hallará compuesta por otras contribuciones que complementan su propio aporte; (iii) y, por último, que los demás, a su vez, sepan que el primero cuenta con todo ello. En un supuesto de robo (x) en que A realiza la acción de coerción (x_1) y B , la de apoderamiento (x_2), estas condiciones pueden esquematizarse del siguiente modo:

⁸¹² TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, pp. 80 y ss. Este importante aspecto, que suele ser pasado por alto en la dogmática de la coautoría, es acertadamente notado por SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Actualidad penal*, 1 (1997), p. 45, quien exige, como presupuesto del llamado acuerdo mutuo, “la representación de estar siendo representado por los otros”. Cfr. KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 67, para quien “la expectativa recíproca (y la expectativa de expectativa) en el sentido de que el esquema de interpretación común es vinculante para todos los intervinientes”, es lo que une a las aportaciones en un solo hecho global.

⁸¹³ Sobre el contexto comunicativo al que dan lugar las actitudes proposicionales de tercer orden, QUANTE, *Person*, 2ª ed., p. 27.

⁸¹⁴ Cfr. TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, p. 80, precisa que la creencia interactiva cuyo contenido es compartido por dos o más sujetos no necesita ser iterativa (hasta convertirse en circular), sino que basta con que sea reflexiva en términos de coincidir en un punto fijo.

⁸¹⁵ Por de pronto, puede ilustrarse esto con un supuesto de la vida cotidiana: sin contactarse previamente, tanto A como B planean ir al cine el sábado por la tarde. Durante el camino, por alguna razón, A piensa que es probable que se encuentre con B en el cine; por su lado, B cree que posiblemente A también asistirá a la misma función; sin embargo, ni A cree que B comparte la misma expectativa de encuentro, ni B cree que A tiene la misma suposición que él. Si finalmente se encuentran, ¿podría decirse que han ido juntos al cine? Probablemente, no. Ahora bien, nótese que si, por ejemplo, A supiera que B cuenta con la posibilidad de que él (A) asistirá el sábado por la tarde al cine y, sin embargo, A supusiera que B ignora que él (A) le ha atribuido esa creencia, entonces A no tendría razones para anticipar fundadamente que, al dejar de asistir a la función, generaría una actitud reactiva en su amigo.

⁸¹⁶ En lugar de muchos, véase ROXIN, *PG*, t. II, § 25/196.

(i) *A* cree que ejecuta x_1 como su propia parte de x ; así como *B* cree que ejecuta x_2 como su propia parte de x ;

(ii) *A* cree que *B* ejecuta x_2 como su parte de x ; así como *B* cree que *A* ejecuta x_1 como su parte de x ;

(iii) *A* cree que *B* cree que (i) y (ii); *B* cree que *A* cree que (i) y (ii).

Si fracasa la cláusula (i), porque ninguno de los sujetos sabe o cree que realiza parte de un comportamiento conjunto, la mayoría de la doctrina estaría de acuerdo en que no puede existir coautoría. Por esta razón, los supuestos en los que dos o más sujetos ignoran que sus respectivos comportamientos convergerán en la producción de un resultado suelen ser reconducidos a la figura llamada “autoría paralela” (o “autoría accesoria”). Pero también puede ser que se trate de comportamientos independientes, como en el siguiente ejemplo:

Robo en la galería de arte. *A* y *B*, de manera paralela e independiente el uno del otro, proponen apoderarse de una valiosa pintura en una galería de arte. La frustración de la tentativa de robo de *A* por parte del guardia *C* posibilita que, de modo paralelo, *B* consuma su propio hecho⁸¹⁷.

En ese caso, si ninguno de los sujetos cree realizar la parte de una acción conjunta, ni favorecer de manera esencial que el otro realice la propia, no hay coautoría. Ahora bien, también por falta de reciprocidad, podría fracasar la cláusula (ii) y, con ello, la posibilidad de una coautoría. Para esto considérese una variante del último ejemplo:

Robo en la galería de arte (primera variante). Siendo todo lo anterior igual, por colaboración de *D*, amigo de *B*, *A* se ha informado de los planes de *B*. Debido a lo anterior, *A* decide esperar a que *B* emplee violencia en contra del guardia *C* para luego aprovechar la ocasión de apoderarse de la pintura.

Pues bien, en un caso de adaptación unilateral como el anterior, no puede configurarse una coautoría, ya que *B* desconoce que él realiza un aporte relevante para la acción (por tal razón) nada más que individual de *A*. Que no pueda haber realización conjunta del hecho se debe precisamente a que falta un “otro” con el cual se realice una *misma* acción. Con respecto a esta segunda condición, es relevante añadir que la creencia de cada sujeto en cuanto a que realiza una acción conjunta con otro u otros ha de ser verdadera. Por el contrario, si ese contenido de su representación es erróneo, entonces no hay acción

⁸¹⁷ Con algunas modificaciones, el ejemplo es tomado de TUOMELA, *Cooperation*, 2000, p. 132.

conjunta y solo se configura lo que usualmente se denomina “coautoría aparente”, esto es, el supuesto en el que uno o varios de los sujetos involucrados padecen un error con respecto al carácter conjunto de la actuación, mientras que otro u otros solo aparentan o fingen cooperar⁸¹⁸. Ahora bien, esto no significa que, por el contrario, quede excluida una instancia de acción conjunta cuando, creyendo verdaderamente que actúan de manera conjunta, dos o más sujetos yerran en cuanto a la o las posibles descripciones que satisfaría su comportamiento. El error intensional (referido al significado de lo realizado) obsta la configuración de una acción conjunta, pero no así un error extensional (relativo al alcance de lo realizado). Este elemento será detalladamente analizado a propósito de su aplicación al injusto imprudente.

La cláusula (iii), como se anticipó, pretende fijar un contexto comunicativo entre los potenciales coautores, que posibilite cierta coordinación entre ellos y, a la vez, excluya casos en que la convergencia de sus comportamientos es puramente casual o accidental. Pero esta condición también permite excluir ciertos casos de “explotación mutua”⁸¹⁹, que no alcanzan a constituir supuestos de “interacción estratégica”. Para esto, considérese una segunda variante del ejemplo ofrecido:

Robo en la galería de arte (segunda variante). Siendo todo lo demás igual al caso original, por colaboración de *D*, amigo en común de *A* y *B*, cada uno se informa de los planes del otro, mas sin saber que dicha información es compartida por ambos. *A* y *B* esperan a que el otro actúe primero. Al cabo de unos minutos, *B* pierde la paciencia y es sorprendido por el guardia *C*; mientras *B* emplea violencia en contra de *C*, *A* aprovecha la ocasión para apoderarse de la pintura.

A diferencia de la primera variante, en esta última, a pesar de que ambos sujetos podrían anticipar que una eventual actuación suya beneficiaría al otro, ninguno sabe que el otro, potencial beneficiario, estará en condiciones de utilizar esa información. Obsérvese que no es la falta de un objetivo compartido, sino la de un apropiado contexto comunicativo lo que impide aquí apreciar una instancia de cooperación, incluso bajo su forma más débil de interacción estratégica —cuyo caso habría sido si *A* y *B*, a pesar de intentar satisfacer intereses propios, hubiesen advertido la posibilidad de que el otro contaría con su eventual contribución—, ya que la cooperación casualmente prestada solo es una consecuencia del fracaso de la propia acción. Desde luego, podría surgir la pregunta acerca de por qué

⁸¹⁸ Sobre estas constelaciones, que propiamente no son de coautoría para quien padece un error con respecto al sentido conjunto de su actuación con otro u otros, pero que son problemáticas de cara a la pregunta sobre el inicio de la tentativa en estos últimos, véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 527 y ss.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/102 y s.

⁸¹⁹ En tales casos, cada agente se representa el comportamiento ajeno como uno que se *adosa* al propio, sin que en ninguno asista la representación de un “nosotros”. Al respecto, BRATMAN, *Shared Agency*, p. 100.

tendría que interesar que *A* sepa que *B* sabe que le está cooperando; y viceversa, que *B* sepa que *A* sabe que recibe esa prestación. La respuesta descansa en que de ello depende que un sujeto cuente con que amplifica su propia esfera de responsabilidad por medio del comportamiento de otros, y que, a su vez, su propio comportamiento puede tener esta consecuencia en la esfera de responsabilidad ajena. Como se aprecia en el caso, si *B* hubiese contado con que *A*, por el hecho de conocer su plan, aprovecharía la ocasión, *B* podría haber tenido buenas razones para abstenerse de emplear violencia en contra de *C*, pues, en lugar de solo un delito de lesiones, podría haber anticipado la posibilidad de que le fuese imputado un robo.

Con respecto al contenido de los compromisos cognitivos que han de compartir dos o más potenciales coautores resulta crucial precisar desde ya su objeto de referencia. En oposición a una extendida opinión doctrinal que tiende a referir el (mal) llamado elemento subjetivo de la coautoría a la realización de un hecho delictivo⁸²⁰, cabe anticipar lo siguiente: que los sujetos adviertan (o ignoren) que la acción conjunta a la que contribuyen mediante sus respectivos aportes, adicionalmente, satisfará la descripción de un tipo delictivo es algo que corresponde a un contenido epistémico de cuya presencia o ausencia no depende la configuración de la acción conjunta propiamente tal, sino el criterio de imputación subjetiva eventualmente aplicable⁸²¹. Por exactamente lo mismo, ha de cuestionarse también otra nomenclatura, nada peregrina, que sirve a la tematización de este elemento de la coautoría como un “dolo común”⁸²². En el marco de esta modalidad de intervención delictiva, la adscripción de dolo es relativa a lo que podría etiquetarse como un compromiso doxástico de segundo nivel, por encontrarse referido a la o las posibles descripciones bajo las cuales eventualmente podría subsumirse el comportamiento que, para ser una acción conjunta, únicamente necesita de un contenido epistémico básico, a saber, que se actúa conjuntamente con otros. Como se comprenderá, este aserto adquiere relevancia capital de cara a supuestos en los que lo realizado por dos o más sujetos admite múltiples descripciones, y solo bajo alguna de ellas —que, aunque verdadera, no es la descripción típica— dicha acción conjunta resulta intencional.

⁸²⁰ Por ejemplo, HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., § 25/72: “[o]bjeto de la decisión conjunta es la comisión, mediante división del trabajo, de un determinado delito (...)”; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, p. 286: “[e]l objeto de la resolución conjunta es la co-realización de un determinado hecho delictivo”.

⁸²¹ Para una nítida diferenciación entre este elemento de la coautoría y el dolo, FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/3: el plan conjunto al hecho tiene que referirse a la acción a ejecutar, no así a las consecuencias de esa acción.

⁸²² Utiliza esa expresión, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 653 y ss., sin perjuicio de admitir la posibilidad de una coautoría imprudente. Críticos sobre la nomenclatura “dolo común”, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 154 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 332.

1.3.2. Compromisos prácticos compartidos entre coautores y el principio de contrafacticidad de la imputación

La sola consistencia doxástica no es suficiente para diferenciar apropiadamente una acción conjunta de un mero set de acciones individuales: perfectamente dos o más sujetos podrían creer o saber (interactivamente) que realizan comportamientos objetivamente convergentes y, aun así, no estar vinculados recíprocamente por un mismo patrón de agencia⁸²³. Por ejemplo, esto sucede tratándose de comportamientos colectivos puramente homogéneos, desplegados espontáneamente por sujetos que, aunque saben que sus acciones individuales convergen en la producción de cierto resultado, y se genera un contexto comunicativo en el que un tercero podría suponer que actúan conjuntamente, en realidad, no tienen disposición alguna de actuar de esa manera⁸²⁴. Pero también podría ocurrir que el comportamiento no sea intencionalmente conjunto desde la perspectiva particular de *uno* de los sujetos involucrados; de ahí que la coacción ejercida por un coagente putativo sobre otro impida el reconocimiento de una genuina acción conjunta⁸²⁵.

Por ello, para excluir de su alcance a ciertos patrones unitarios de acción adoptados casual o unilateralmente, una acción conjunta exige que de los comportamientos discretos de dos o más sujetos se deje reconocer externamente —y sin necesidad de que su contenido sea articulado en forma positiva— la adopción de compromisos prácticos compartidos⁸²⁶. Acerca del contenido (negativo) de tales compromisos prácticos se volverá luego, tras exponer la estructura y función de este presupuesto de la responsabilidad del coautor. Por de pronto, la principal utilidad de esta herramienta consiste en que permite comprender por qué y bajo qué condiciones cada uno de los sujetos implicados realiza *su parte* de una acción (en tal medida) conjunta; ello, en términos de que su comportamiento se racionaliza externamente, al presentarse la (potencial) acción conjunta como una razón para desplegar su propia parte en ella.

⁸²³ Pues, como señala TUOMELA, *Cooperation*, pp. 78 y s. de una “comprensión tácita” de cierta situación, basada en la creencia mutua o compartida de estar realizando algo, no se sigue necesariamente un “acuerdo implícito” en orden a realizarlo conjuntamente.

⁸²⁴ Para esto, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 238, menciona un ilustrativo ejemplo: si varios vándalos de manera espontánea y sin acuerdo previo comienzan a rociar pintura sobre una pared, no habría razón suficiente para imputar recíprocamente a cada uno los daños causados por los demás. Por supuesto, el ejemplo de Puppe presupone que el contexto haga verosímil la inexistencia de un compromiso práctico y que permita afirmar que, en efecto, se trata de meros comportamientos simultáneos (por ejemplo, si lo que cada uno ha pintado no guarda absoluta relación con lo del resto).

⁸²⁵ En ese caso, se impone la estructura de una agencia mediada, que permite trasladar la relación agencial de la acción *individual* realizada por el sujeto coaccionado. Como fuese antes señalado, no ocurre lo mismo, en cambio, si es un tercero quien ejerce coacción contra dos sujetos que, a pesar de ello, podrían actuar conjuntamente. Pues en este último caso lo que se excluirá no es la acción conjunta, propiamente tal, sino el carácter libre de dicha acción. Lo anterior no altera un ápice el hecho de que ese tercero igualmente podría venir en consideración como autor mediato.

⁸²⁶ Para esto y lo que sigue, TUOMELA, *The Importance of Us*, pp. 53, 75 y s.; EL MISMO, *The Philosophy of Sociality*, pp. 13 y ss., 39 y ss., 83 y ss.; EL MISMO, *Social Ontology*, pp. 43 y ss.

La necesidad práctica inferida de un silogismo primario formulado en primera persona del plural (“nosotros nos proponemos x ”) puede operar como premisa mayor en el silogismo secundario formulado en primera persona del singular a cargo de cada coagente, del que se seguirá otra necesidad práctica: un medio para la realización de la intención compartida (“yo me propongo realizar x_1 como mi parte de x ”). Esto es relevante para la dogmática de la coautoría, pues permite establecer el vínculo entre dos categorías, insistentemente diferenciadas aquí, a saber: el objeto (común) de la imputación, constituido por un comportamiento conjunto que satisface la descripción de un respectivo tipo de acción, y la base (individual) de imputación, constituida por la contribución de cada coautor, y que sirve de fundamento para que se le atribuya dicho objeto unitario.

La presencia de compromisos prácticos compartidos entre dos o más sujetos opera como *razón justificativa* de su comportamiento, en la medida en que cumple la función normativa de conducir a que cada coagente realice su parte de la acción potencialmente conjunta. Obsérvese, sin embargo, que no es estrictamente necesario que esta última también funcione como razón explicativa, en términos de llegar a transformarse en un motivo para cada coagente: tales motivos perfectamente podrían ser distintos⁸²⁷. Basta, entonces, con que el contenido de sus compromisos prácticos y la modalidad de cumplimiento —a través de comportamientos interdependientes y no meramente superpuestos— sean objeto de reconocimiento por parte de cada sujeto, de manera que todos actúen *con* (y no necesariamente *por*) esa razón. Con ello, la posibilidad de invocar la presencia de compromisos prácticos compartidos entre los sujetos racionaliza su comportamiento en términos tales de que, formalmente, frente a la pregunta (hipotética) de “por qué haces x_1 ”, dirigida a cualquier coagente, este (teóricamente) pueda responder “porque x_1 es mi parte en x ”. En ese sentido, únicamente basta identificar que el sujeto emprende su acción en función del significado que esta reviste en conexión con la de otros⁸²⁸. De ahí que no sea necesario que, además, mediante la respectiva acción conjunta, los coautores se encuentren persiguiendo un objetivo común⁸²⁹.

En cuanto a las modalidades de adopción, como lo reconoce la mayoría de la doctrina, es plenamente factible que el patrón unitario de comportamiento entre dos o más sujetos sea constituido (y reconocible por terceros) mediante la realización de actos concluyentes,

⁸²⁷ Al respecto, BRATMAN, *Faces of Intention*, p. 96; LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, p. 268.

⁸²⁸ Sobre el carácter formal que en este contexto exhibe la pregunta “¿por qué?”, y cuya respuesta expresa la intención compartida de ejecutar conjuntamente una acción, cfr. LAURENCE, «An Anscombian Approach to Collective Action», en FORD/HORNSBY/STOUTLAND (eds.), *Essays on Anscombe's Intention*, 2011, pp. 276 y ss., quien puntualiza que lo que interesa no es la motivación personal del agente para participar en la acción conjunta, sino “el significado de su propia acción en relación con la acción de sus pares”.

⁸²⁹ En esa dirección, empero, STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, pp. 211 y s. Cfr. OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, pp. 256 y ss., quien, en todo caso, enfatiza que la persecución de un objetivo común ha de ser evaluada desde la perspectiva de un observador objetivo.

tales como gestos, movimientos, el silencio, adaptaciones recíprocamente reconocidas de comportamientos, y, en general, por cualquier signo de corte comunicativo que oriente palmariamente en esa dirección⁸³⁰. Dejando al margen el hecho de que los planes o acuerdos expresos también pueden ser equívocos e incompletos, y que, en cualquier caso, su ejecución necesita someterse a interpretación o incluso a reformulación en el momento preciso de la acción, es cierto que la adopción tácita de un compromiso práctico compartido, por su propia naturaleza, puede ser más difícil de identificar para terceros, así como también dejar abierta la vía a divergencias entre los potenciales coautores y, con ello, a eventuales excesos. Pero esto no habla acerca de la imposibilidad de patrones de comportamiento conjuntos articulados tácitamente por los potenciales coautores, susceptibles de reconocer por terceros en virtud del contexto en que ellos tienen lugar, sino que más bien acentúa la derrotabilidad que caracteriza —como se verá más adelante— a la operación adscriptiva de una relación de agencia compartida.

Otro aspecto que interesa precisar es que la normatividad (como vinculación práctica) del carácter compartido de los compromisos prácticos asumidos por potenciales coautores es una consecuencia del principio de coherencia (entre medios y fines), como guía de razonamiento práctico, y no, en cambio, un compromiso asumido con los demás, de tal manera que ellos pudiesen exigir su cumplimiento. La observación es relevante, pues no es peregrina la caracterización del vínculo entre coautores como uno de índole *cuasi-contractual* bajo la forma de una promesa mutua⁸³¹. Más bien, el compromiso práctico lo asume cada coagente consigo mismo⁸³². Si un sujeto realiza aquello que le concierne como parte de una acción conjunta —*v. gr.*, el miembro de una banda criminal que ejecuta su parte del plan— no es a causa de que la satisfacción de un tal comportamiento le sea “debida” de cara al resto, sino porque se trata de una necesidad práctica cuya falta de realización sería indiciaria de que, en realidad, no comparte el compromiso práctico en cuestión, del mismo modo en que del incumplimiento de algún imperativo hipotético se

⁸³⁰ Al respecto, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/16; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, p. 286; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/32; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Actualidad penal*, 1 (1997), p. 46, nota 43; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/195. Así también, aunque restrictivamente, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 162 y s., quien señala que, en caso de duda sobre la existencia del acuerdo, ha de aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

⁸³¹ Que los coautores se comprometan a realizar su parte de una acción conjunta, quedando recíprocamente vinculados por los efectos derivados de esta, no significa que propiamente asuman obligaciones en sentido fuerte entre y para con todos. En esta línea, empero, PUPPE, *GA* (2013), p. 522: si uno renuncia a estas categorías pseudo jurídico-civiles [las tesis de la representación y del mandato recíprocos, D. G.] y se limita a la efectiva relación entre los coautores, lo único que queda es que ellos han efectuado un pacto de injusto, en cuya virtud cada uno se obliga recíprocamente a realizar su aporte previsto al hecho. Desde otra perspectiva, también RENZIKOWSKI, *ZIS*, 2 (2021), p. 97, para quien lo decisivo es que existan promesas recíprocas, análogas a un contrato, de efectuar las contribuciones al hecho (*gegenseitige vertragsähnliche Versprechen von Tatbeiträgen*). Aluden a la presencia de obligaciones entre los coautores también JOERDEN, *Strukturen*, p. 80 (quien habla de un nexo *cuasi-contractual*); y STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, pp. 69, 231 y s.

⁸³² Cfr. BRANDOM, *Making it Explicit*, pp. 262 y ss.

deja revelar una falta de interés por la consecución del imperativo categórico presuntamente perseguido⁸³³. Desde luego, lo dicho ha de ser considerado sin perjuicio de que eventualmente la aceptación de tomar parte en un proyecto de acción conjunta *podría* generar expectativas recíprocas entre los posibles coautores.

El denominado exceso entre coautores precisamente responde a una falta de vinculación normativa respecto de un comportamiento que, dada una inconsistencia doxástica o intencional, no puede ser más interpretado como parte de un patrón de agencia compartido con otros. Dado que conceptualmente un exceso solo se deja entender por referencia a una medida que le sirve de objeto de referencia, la noción de exceso se presenta como un problema mereológico, pues una parte, *inicialmente* componente, ya no admite ser entendida como integrante del todo, pero no solo por haber operado un cambio relevante en sus propiedades, sino porque dicho cambio no viene acompañado de una modificación de las demás partes. El comportamiento que cuenta como exceso —y que, bajo esa descripción, ya no admite la lectura adicional “parte de una acción conjunta”— puede ser tal, bien porque corresponde a una acción totalmente distinta a la realizada inicialmente con otros, bien porque, tratándose siempre de una misma acción, las consecuencias causales seguidas de ella superan lo conjuntamente propuesto⁸³⁴. En cualquiera de ambos casos, cabe notar que la noción de “exceso” privilegia una aproximación cronológica del suceso, a pesar de que, si efectivamente existe un tal exceso, desde el punto de vista del objeto de imputación añadido, se trata desde un inicio de una acción distinta. Por esto, en realidad, el exceso puede ser caracterizado como una nueva y más amplia “reorganización del hecho” por parte de *ese* autor⁸³⁵, lo que, a su vez, permite enfatizar que no solo es una circunstancia que repercute en el nexo intersubjetivo entre los coautores, sino ya en su presupuesto material, en la medida en que se rompe la unidad de acción, al menos respecto de uno de ellos. A su vez, esa ruptura del nexo intersubjetivo no necesariamente tiene que fundarse en un error por parte del resto; esto quizá sea la regla general, pero nada impediría que los demás sepan o hayan podido anticipar que uno de ellos se saldría del esquema común que se han trazado y, sin embargo, por no desprenderse de tales circunstancias al menos un compromiso práctico implícito en tal sentido, no les resulte imputable como parte de la acción conjunta.

⁸³³ Así, LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, pp. 266 y ss., quien, con el caso del “buen samaritano”, destaca que la fuente del compromiso no descansa en el carácter obligatorio de realizar una contribución (o continuar realizándola), sino en la propia intención compartida de realizar *conjuntamente* esa acción.

⁸³⁴ En el primer caso se habla de exceso cualitativo; en el segundo, de exceso cuantitativo. Así, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 242.

⁸³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en ESER/HUBER/CORNILS (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 210 y 223.

Por otro lado, y también en conexión con la normatividad de estos compromisos, cabe añadir que la vinculación se produce únicamente en la medida en que se dan las condiciones objetivas para ello, entre lo cual cuenta, como sugiere la doctrina actualmente mayoritaria, que el hecho en cuestión no se haya consumado definitivamente, pues, de lo contrario, desaparece con ello la posibilidad de desplegar una aportación que permita caracterizar a ese hecho como una realización *conjunta*⁸³⁶. Además, ello se traduce en que en la llamada “coautoría sucesiva” no puede imputarse al interviniente que se incorpora al hecho lo ya realizado por el o los demás, por tratarse a su respecto de un hecho ajeno⁸³⁷. Por mucho que el interviniente sucesivo ratifique lo realizado antes de su aparición, una vez superadas las concepciones subjetivistas de la autoría, debe entenderse que la significación jurídico-penal de un suceso no se encuentra a disposición del agente.

Por último, como fuese avanzado, los compromisos prácticos que necesitan identificarse entre dos o más coagentes, en tanto que potenciales coautores, no necesitan, sin embargo, ser positivamente compartidos. La estipulación de un concepto de acción conjunta que descansa en la racionalización positiva del comportamiento de los coagentes con cargo a sus intenciones compartidas tiene sentido cuando se recurre al silogismo práctico en términos prospectivos, esto es, como herramienta de deliberación. Sin embargo, dado que el contexto de análisis en Derecho penal está ya determinado por la configuración del comportamiento objeto de una posible imputación, desde esta óptica, y, especialmente, desde la de la coautoría, en tanto que regla de imputación, es el uso retrospectivo del silogismo práctico el que reclama mayor atención, lo cual significa: partir por la conclusión⁸³⁸. Tratándose concretamente de la coautoría, de conformidad con el principio de contrafacticidad de la imputación⁸³⁹, lo anterior se traduce en que la averiguación de la específica intención compartida que los coautores han adoptado como premisa mayor en sus razonamientos individuales no es jurídicamente relevante, en la medida en que, si han advertido, con probabilidad decisoria, que su acción conjunta satisfaría la descripción de un tipo delictivo, y teniendo la capacidad física para abstenerse de ejecutarla, no lo han hecho, su realización ya será demostrativa de que, en cualquier caso, la respectiva norma de comportamiento no fue reconocida como premisa vinculante en sus respectivos razonamientos. Para ilustrar este punto, considérese el siguiente ejemplo:

⁸³⁶ Véase al respecto MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/16; ROXIN, *PG*, t. II, § 25/243. En detalle, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 164 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 294 y ss.; STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, pp. 273 y ss.

⁸³⁷ Por tanto, la denominación “coautoría sucesiva” es equívoca, pues genera la impresión de que los presupuestos de la coautoría podrían configurarse después de realizado el hecho que se trata de imputar bajo esta estructura. Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 179.

⁸³⁸ Para la diferencia entre su uso prospectivo y retrospectivo, véase VON WRIGHT, *Practical Reason*, p. 30.

⁸³⁹ Cfr. MAÑALICH, *RCD*, 44 (2017), p. 470. Sobre este principio, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3.

A y B condicionan la producción de la muerte de C por la vía de propinarle conjuntamente una brutal golpiza. Así, se asume que, por un lado, motivado por emociones discriminatorias, A efectivamente se ha propuesto matar a C, mientras que B, por el otro, solo ha tenido el propósito de comprobar la eficacia de algunas técnicas de artes marciales.

La divergencia en el contenido positivo de los respectivos compromisos prácticos de A y B no es jurídicamente relevante, ni obstaría a la imputación, a título de coautoría, de un homicidio doloso, en la medida en que ambos hubiesen advertido que dicha golpiza conjunta probablemente constituiría una instancia de la acción consistente en matar a otro, y aún así no se hubiesen abstenido conjuntamente de hacerlo. Pues, sobre la base de lo anterior, ya podría inferirse que A y B habrían compartido, cuando menos, la intención de actuar conjuntamente y la de no hacer de esa norma de comportamiento una razón vinculante para su acción conjunta. Estos elementos posibilitan el reconocimiento de la adopción de un “*modo-actitudinal-nosotros*”, que ya basta para diferenciar a la coautoría de un mero conjunto de acciones individuales.

1.3.3. Objetividad de la operación adscriptiva de estos compromisos

Como se señaló al inicio de este apartado, usualmente se distingue entre un elemento objetivo, relativo a los aportes que cada uno de los coautores presta, y otro subjetivo, que serviría de nexo entre ellos. Esta última caracterización ha encontrado apoyo tanto en la naturaleza convencional, que tradicionalmente llevó a entenderla como una exigencia de convergencia de voluntades y a rotularla “acuerdo mutuo”, pero también en el anclaje psicológico que acentúan fórmulas como la “resolución o decisión conjunta al hecho”. No obstante, desde hace un tiempo esta adjetivación se ha visto sometida a revisión, por lo que actualmente, en cambio, gana terreno la idea de que este elemento de la coautoría también es objetivo, pues el “acuerdo” o —ahora llamado también— “plan del hecho conjunto”, en cualquier caso, representa un factor cuya existencia debe constatarse objetivamente, por tratarse de un proceso del mundo externo configurado mediante actos de comunicación⁸⁴⁰. A pesar de que esto último puede ser suscrito, de ello no se sigue

⁸⁴⁰ Así, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 149 y ss. Para una interpretación de este elemento de la coautoría como un proceso externo de comunicación, véase FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/3; HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/130; PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), p. 238; STECKERMEIER, *Der Tatenschluss von Mittätern*, pp. 184 y ss., especialmente pp. 190-192. Destacando el carácter objetivo de este presupuesto de la coautoría, véase asimismo BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, p. 38; GUZMÁN DALBORA, «Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio», en EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª ed., 2009, pp. 482 y s. Recientemente, también OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, pp. 249 y ss., especialmente, p. 253, sugiere que no debe tenerse en cuenta la naturaleza psíquica del contenido de las voluntades de los sujetos actuantes, sino que más bien ha de ponerse el acento en el significado objetivo de sus comportamientos; se trata “de la interpretación del significado de la acción desde el punto de vista de un observador objetivo”. Desde esta misma perspectiva, habría de evaluarse si se configura o no el requisito de la “persecución de un objetivo común”, que el propio Orozco López patrocina como criterio de legitimación para la imputación de la ejecución ajena del hecho (*ibidem*, pp. 256 y ss., 265).

inmediatamente que los estados intencionales de los coagentes no sean objeto de interés alguno, como intentará mostrarse enseguida.

La controversia de fondo que subyace a una y otra forma de caracterizar este elemento de la coautoría, en realidad, excede el marco de esta categoría, ya que concierne a la pregunta general acerca de la índole objetiva o subjetiva de la adscripción de actitudes proposicionales. Por eso, puede plantearse en términos muy similares a propósito del dolo. En ambos casos, la revisión crítica del carácter “subjetivo” de tales categorías se apoya en la suposición de que se encontraría vedado el acceso a las representaciones de un sujeto⁸⁴¹. Ahora bien, la perspectiva de primera persona, desde luego, solo está disponible para el agente, pero ello no significa que se carezca de todo tipo de acceso: las creencias e intenciones de otro u otros sujetos pueden ser articuladas inferencialmente a partir de la interpretación de su comportamiento⁸⁴². La realización de un determinado comportamiento por parte de dos o más sujetos, bajo un determinado contexto, puede generar una “habilitación” para que un tercero les adscriba una batería de creencias e intenciones que permiten racionalizar (en términos de justificar) que se hayan comportado del modo en que lo han hecho⁸⁴³. Así, en principio, cabe afirmar, con aquel creciente sector de la doctrina, que esta *operación* adscriptiva tiene un carácter objetivo. Pero entonces se vuelve imprescindible reparar en que no por ello carecerá de importancia la perspectiva de primera persona de los coagentes, que es precisamente la que debe interesar en orden a calibrar su capacidad de evitación conjunta.

En efecto, que la posibilidad de interpretar unificadamente el comportamiento de dos o más sujetos sea inherentemente sensible a un contexto comunicativo no significa que el objeto de interpretación sea dicho contexto, sino el comportamiento que se despliega bajo él. No se trata determinar si un comportamiento es o no conjunto en función de si se ajusta a la perspectiva de lo que un observador externo tendría por tal; lo que ocurre, más bien, es que este último es el punto de vista del cual se dispone para interpretar cómo los sujetos, a su vez, habrían interpretado su propio comportamiento⁸⁴⁴. La relevancia de este matiz

⁸⁴¹ El punto es ilustrado por FREGE, *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, p. 89, del siguiente modo: alguien observa la luna a través de un telescopio, que es la imagen real que se proyecta en la lente del objetivo al interior del telescopio y por la imagen retiniana del observador. La imagen real es el sentido, mientras que la del observador es la representación. La imagen del telescopio es objetiva, en la medida en que puede servir a muchos observadores; pero por lo que respecta a las imágenes retinianas, cada uno tendrá la suya propia.

⁸⁴² Por ejemplo, en circunstancias normales, puede atribuirse a quien ingresa a un restaurante la creencia de que debe pagar un precio por lo que ordena; de quien se sitúa en una parada de autobús, la intención de cogerlo, etc. Este mismo rasgo, por lo demás, es el que permite que el dolo pueda ser desenvuelto como un criterio objetivo de imputación subjetiva.

⁸⁴³ Cfr. BRANDOM, *Making it Explicit*, p. 196: “adquirir un compromiso es hacer algo que autoriza o habilita a otros para atribuirlo”.

⁸⁴⁴ Desde otro punto de vista, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, pp. 55 y s., junto con reconocer que la decisión conjunta al hecho generalmente se basa en actos de comunicación y, por ende, en procesos

descansa en el carácter derrotable de la adscripción que resulte de esta operación, en la medida en que el contexto comunicativo solo sería una fuente de indicios. Para ilustrar este punto, considérese un supuesto cotidiano:

¿Robo en el metro? Al interior de una estación de metro, A comienza a golpear a C, propinándole golpes de puño y de pie. Mientras C se encuentra en el suelo, aún recibiendo los golpes de A, repentinamente aparece B, quien sustrae un teléfono móvil desde la chaqueta de C. Las cámaras de seguridad no captan ninguna interacción entre A y B. Los guardias de seguridad tienen opiniones distintas sobre el hecho.

En un caso como el anterior, es factible, de acuerdo con el contexto, interpretar el suceso como una acción conjunta. Con todo, la razón por la cual ese contexto permitiría sustentar dicha conclusión descansa no en el contexto en sí mismo, sino en el hecho de que quienes se comportan de esa manera, bajo esas condiciones, por regla general lo hacen coordinada e intencionalmente⁸⁴⁵. Pero precisamente porque esta lectura es derrotable, los sujetos no quedan privados de la posibilidad de ofrecer explicaciones alternativas del suceso.

De lo anterior se sigue que el carácter objetivo de *la operación* que adscribe la creencia y la intención de, al menos, ejecutar o no ejecutar conjuntamente con otro u otros una acción⁸⁴⁶, así como el carácter “público” que tiene el sentido de esa acción —hasta el punto de que la pretensión de asignarle un sentido diverso, eventualmente, supondrá que sean los propios sujetos quienes tengan que ofrecer ese esquema alternativo de racionalización—, no se oponen a la necesidad de interpretar el suceso desde la perspectiva de los coagentes, sino más bien al hecho de que estos sujetos tengan “a su disposición” qué es aquello que puede adscribirseles como acción conjunta. Por esto, el reconocimiento y la adscripción de una acción conjunta puede ir más allá de lo que los sujetos quieran o estén dispuestos a admitir explícitamente como tal⁸⁴⁷. Otro ejemplo:

intersubjetivos, advierte que tales procesos no representan la decisión conjunta al hecho propiamente tal, sino que más bien conducen a ella. Por esto, según Becker, la caracterización de la decisión conjunta al hecho como un elemento objetivo (de la coautoría) descansaría en una confusión entre el proceso de comunicación con el resultado del mismo, a saber, el acuerdo de voluntades entre los coautores.

⁸⁴⁵ Ello supone interpretar “caritativamente” el comportamiento de los sujetos, de tal modo que, por ejemplo, si la forma óptima de racionalizar su comportamiento individual pasa por considerar que, dadas las circunstancias, en lugar de comportamientos independientes, lo que han realizado son partes de una acción conjunta, entonces cabría adscribirles esta última. Sobre el principio de caridad, véase DAVIDSON, *Problems of Rationality*, p. 35. Acertadamente, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, p. 270, observa la capacidad de rendimiento de este principio en el ámbito de la intervención delictiva. Con todo, es importante notar que este principio no tiene por qué excluir interpretaciones alternativas a las que pueden sustentarse con arreglo a él.

⁸⁴⁶ Nótese que solo basta una acción (u omisión) intencionalmente conjunta, pero no es necesario que dos o más sujetos hayan ejecutado (u omitido ejecutar) una acción *con la intención* de hacerlo conjuntamente, como se muestra en el ejemplo de más abajo.

⁸⁴⁷ Cfr. BRANDOM, *Making it Explicit*, p. 704, nota 21: “[n]o es necesario haber realizado (ni haber estado dispuesto a realizar) un comportamiento (*performance*) que reconozca explícitamente un compromiso para, no obstante, asumirlo (...); algunos compromisos se adquieren consecuentemente en virtud de otros que

Los socorristas que compiten. Con el propósito de restablecer la confianza de la ciudadanía en la seguridad de la playa de la ciudad *X*, y a la vez de estimular a sus socorristas, en el Ayuntamiento de *X* se ha prometido a estos una recompensa cuantiosa por cada salvamento individualmente cumplido. Una tarde de verano, los socorristas *A* y *B* observan cómo el bañista *C*, de notoria envergadura, nada con dificultades extremas y pelagra próximamente a ahogarse. Acto seguido, *A* y *B* emprenden el rescate, sabiendo que muy probablemente no estarán en condiciones de salvar a *C* a menos que actúen coordinadamente; no obstante, obnubilados cada uno por la vaga posibilidad de obtener individualmente todo el crédito, forcejean el uno con el otro, frustrando de esta manera el rescate de *C*, quien muere por inmersión*.

Haciendo abstracción de los argumentos que sustentan la factibilidad y necesidad de acudir a la estructura de la coautoría también en los delitos impropios de omisión⁸⁴⁸, y sobre la base de que, en este último ejemplo, la acción impeditiva solo podría haber sido ejecutada exitosamente en forma conjunta —por lo que la solución de la autoría directa presentaría el problema de una falta de capacidad—, la afirmación de una coautoría entre *A* y *B*, en principio, parecería altamente contraintuitiva, dada la presencia de un obrar competitivo que pondría de manifiesto su intención de *no querer* cooperar el uno al otro. Pero precisamente en atención a esto último resulta capital advertir que, con arreglo al principio de contrafacticidad de la imputación jurídico-penal, solo basta que exista una vinculación intencional negativa entre los sujetos y aquello que está prohibido o es requerido por la norma correspondiente. En este caso, no solo es irrelevante, para efectos de una imputación a título de dolo, que ni *A* y *B* hayan tenido la intención positiva de condicionar negativamente la muerte de *C* por la vía de omitir salvarlo —en la medida en que, sabiendo que disponían de la capacidad de rescatar conjuntamente a *C*, sin embargo, no lo han hecho—, sino que también es irrelevante, para los efectos de su condición de coautores, que no hayan tenido la intención positiva de omitir conjuntamente salvar a *C* (es decir, que no hayan actuado “con la intención” de omitir conjuntamente su rescate). Para esto último, en cambio, lo decisivo es el hecho de que *A* y *B* comparten la intención negativa de omitir la ejecución conjunta de esa acción impeditiva. Que seguramente *A* y *B* no se identifiquen a sí mismos actuando en razón de esta intención negativa no es determinante, ya que la asunción de los respectivos compromisos prácticos de *A* y *B* consistentes en proponerse rescatar individualmente a *C*, a la vez, *conlleva* la asunción del compromiso práctico compartido de no salvarlo conjuntamente. Por esto,

uno *está* dispuesto a reconocer, y otros pueden adquirirse automáticamente, simplemente en virtud de que uno *no* está dispuesto a rechazarlos”. (Cursivas del original).

* Agradezco al profesor Dr. Juan Pablo Mañalich la sugerencia de este ejemplo.

⁸⁴⁸ Al respecto, *infra* Cap. Octavo, apdo. I.3.

posiblemente en contra de lo que *A* y *B* supondrían o querrían, lo que no han ejecutado constituye, bajo cierta descripción, una instancia de agencia compartida⁸⁴⁹.

2. Calidad y medida necesarias de los aportes bases para una imputación a título de coautoría

En lo que sigue, se sugiere un tratamiento de las propiedades que tendría que exhibir una acción para ser considerada jurídico-penalmente como base individual para fundamentar la condición de coautor de un interviniente. Para esto será indispensable recuperar lo que en un contexto general fuese presentado como el problema de la “generación de acciones conjuntas”, así como también lo dicho a propósito de la estructura que estas asumen como objeto de coautoría, esto es, el ser susceptibles de interpretar como una unidad típica de acción. Con ello, habrá de tenerse especialmente presente que el objeto de referencia de los aportes de los potenciales coautores, directamente, no es la realización del tipo, sino el comportamiento imputable *qua* acción conjunta, que es el que satisface la descripción de la respectiva clase de acción prohibida o requerida en un tipo de la Parte especial.

En términos generales, la hipótesis que intentará desarrollarse reza como sigue: los comportamientos discretos de dos o más coagentes susceptibles de considerar como bases individuales en la estructura de la coautoría necesitan expresarse bajo la forma de una relación simétrica, susceptible de calibrar con arreglo a una interdependencia funcional que mancomune a dichos aportes de una manera tal que, *en virtud de* semejante equivalencia, resulte proporcionado imputar a cada uno de ellos, a título propio, la totalidad del hecho como una (sola) acción conjunta. La simetría y la proporcionalidad que ha de existir entre las contribuciones prestadas por los potenciales coautores son factores que están determinados ya por la circunstancia de que el hecho se imputa a todos a título propio y, en principio, aplicándose una idéntica pena. Dado que dicha simetría no puede ser numéricamente mensurable, la necesidad de identificar una interdependencia funcional entre tales aportes se exhibe como una herramienta útil de cara a la cualificación de la división del trabajo característica de la coautoría.

2.1. Interdependencia funcional de las contribuciones como base de una relación simétrica

Ciertamente, aseverar que el comportamiento fundante de una base de coautoría se distingue del que es base de participación *porque* el primero se inserta en una relación simétrica con los aportes de otros importaría incurrir en una *petitio principii*: ello es más

⁸⁴⁹ Acerca de la posibilidad de caracterizar como acción conjunta también a las actividades competitivas, véase LUDWIG, *From Individual to Plural Agency*, p. 227.

bien la conclusión del argumento⁸⁵⁰. Sin embargo, como fuese enunciado, de lo que se trata es de averiguar qué es lo que permitiría sustentar, a través de una formulación sintética ulterior, dicha relación de simetría, de modo tal que pueda justificarse la unificación del comportamiento de varios sujetos en una sola acción, imputable a todos. Por esto, asumir la necesidad de obtener semejante conclusión sirve como hipótesis de trabajo ya de cara a la elaboración de las premisas que puedan conducir a ella.

Pues bien, una relación simétrica se caracteriza por que cada vez que un relata *A* está relacionado (simétricamente) con un relata *B*, entonces ese relata *B*, a través de la misma relación, está vinculado al relata *A*⁸⁵¹. Una clásica forma de relación simétrica es ser “pariente con”, ya que, si *A* es pariente de *B*, necesariamente tiene que ser el caso que *B* sea pariente de *A*. La dirección que gobierna dicha relación es bilateral. Ilustrado ahora con un supuesto paradigmático de coautoría: *A* intimida a *C*, mientras *B* toma su cartera. Las acciones de *A* y *B* son simétricas, pues cada una se encuentra referida a la otra, complementándose: son interdependientes funcionalmente puesto que la eficacia de sus comportamientos está sometida a una relación de dependencia recíproca⁸⁵². La necesidad de que exista cierta equivalencia entre los aportes de los coautores ha sido puesta de relieve desde distintos sectores de la doctrina⁸⁵³, sin embargo, no es evidente determinar respecto de qué necesitan ser equivalentes. Según la tesis aquí propuesta, en los delitos resultativos, las contribuciones tienen que exhibirse como equivalentes —en tanto que funcionalmente interdependientes entre sí— no directamente para la producción o el no impedimento de un resultado, sino de cara a la configuración de la acción (conjunta) que es productiva de dicho resultado, o de la falta de ejecución de una acción conjunta impositiva del mismo. La razón de esto descansa en que, en términos generales, el objeto de imputación jurídico-penal no está constituido simplemente por la causación o el no impedimento de cierta clase de resultados, sino por la realización de acciones productivas o no impositivas de los mismos. De lo contrario, por lo demás, si la convergencia únicamente estuviese referida a la producción o no de un resultado, se volvería a una noción meramente agregativa de coautoría, que no permitiría distinguirla apropiadamente de la pluralidad de autorías individuales directas.

⁸⁵⁰ En similar sentido, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, p. 344, aunque precisamente en el contexto de una crítica a Gutiérrez Rodríguez, quien, junto con otros autores, exige una relación de equivalencia entre los aportes de los coautores, lo que aquí, como se desarrolla en el texto, se considera correcto.

⁸⁵¹ Al respecto, por ejemplo, JOERDEN, *Logik im Recht*, pp. 246 y ss.

⁸⁵² En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 243 y ss., quien también trabaja la noción de interdependencia funcional, aunque en el marco teórico del dominio funcional del hecho.

⁸⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 519; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 467 y 473; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 68 y ss.; KÖHLER, *AT*, p. 518.

Dos o más comportamientos son funcionalmente interdependientes para la composición de una acción conjunta, desde ya, cuando de su complemento depende sensiblemente el surgimiento de esta. Ahora bien, dado que el nivel de interdependencia organizacional que requieren exhibir las partes de algo siempre aparecerá como un asunto relativo, tanto a la complejidad de la entidad de cuya composición se trata, como del “esquema de conjunción de contribuciones individuales”, de ello se sigue que, mientras más complejos sean ambos —la acción compuesta y/o el conjunto de partes componentes—, como dice Mañalich, “menor necesitará ser el peso específico de cada contribución”⁸⁵⁴.

Por de pronto, esto permite apreciar que en aquellos casos en los que, aparentemente, solo realizaría el comportamiento típico un sujeto —quien de propia mano emplea el medio comisivo—, sin embargo, podrían fundamentar coautoría en la medida en que el aporte de otro sea de tal manera determinante, que interdependice la actuación del primero. Así, que *A* sujete a *C* mientras *B* lo apuñala representa una constelación paradigmáticamente controvertida porque el comportamiento de *A* tiende a ser interpretado en forma aislada, lo que hace casi irresistible concluir que lo ejecutado por *A* solo “suplementaría” una acción funcionalmente autónoma. Pero frente a ello debiese reconsiderarse que, en un supuesto como el anterior, la consecuencia causal consistente en la muerte de *C* es atribuible a una acción compleja, en la que sujetar a un sujeto y clavarle un puñal son actuaciones complementarias. Que *C* hubiese carecido de la posibilidad de defenderse, o que su defensa haya sido neutralizada, necesariamente integran la explicación acerca de por qué *C* ha fallecido a causa del puñal clavado por *B*. Dicha complementariedad permite redesccribir el suceso como una acción conjunta. Que la acción de quien sujeta a la víctima no reviste un carácter puramente suplementario, sino que es una parte componente de la acción que produce la muerte de otro, lo confirma el hecho de que la conclusión tendría que ser la misma si *A* hubiese direccionado el cuerpo de *C* en contra del puñal sostenido por *B*⁸⁵⁵. El hecho de que el empleo de violencia, en delitos como el robo o la violación, estén previstos en el tipo, responde a que las respectivas *clases de acción* son “constitutivamente” complejas, en el sentido de que convencionalmente se componen por la reunión de otras dos clases de comportamientos; sin embargo, ello no quiere decir que

⁸⁵⁴ MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, p. 46.

⁸⁵⁵ Correctamente en este sentido, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, p. 275. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 2ª ed., p. 89, señala que “la conexión inmediata entre sujetar a la víctima y la acción típica (matar, lesionar), lo es hasta tal punto que no hay otra más cercana a ella -ni en el tiempo ni en el espacio-, que precisamente la de asir al sujeto pasivo del delito”. Nótese, sin embargo, cómo ello supone un distanciamiento no menor de una teoría objetivo-formal caracterizada por la capacidad de “subsunción típica” de cada contribución. En cambio, señalan que quien sujeta a la víctima no puede ser coautor en delitos de homicidio o lesiones, en los que el empleo de violencia o intimidación no forman parte de la descripción típica, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, pp. 679 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 471 y ss.

otras clases de acciones, como el homicidio o las lesiones, puedan ser ejemplificadas mediante *instancias de acción* que son “causalmente” complejas⁸⁵⁶.

Para ilustrar el punto que aquí interesa, considérese otro ejemplo: mientras *A* y *B* torturan a *C*, el primero de ellos lee los códigos que al ser introducidos por *B* en un mando generan descargas eléctricas en *C*. Que el medio comisivo sea operado de propia mano por uno de los sujetos no significa que solo a él quepa la condición de autor, en la medida en que la realización del tipo pueda interpretarse como una unidad de acción. En este último ejemplo, lo anterior es factible, pero no porque el comportamiento de *A* constituya una acción ejecutiva del tipo de homicidio, ni porque lo realice “parcialmente”, sino por el hecho de que la lectura de los códigos es ya una parte componente de la acción (conjunta) consistente en utilizar ese aparato de descargas eléctricas. Una acción puramente auxiliar, en cambio, sería la de quien lo fabrica o proporciona, ya que, por muy difícil que haya sido disponer de ese aparato en el caso concreto, o por sofisticado y efectivo que fuere — como en el conocido ejemplo de la “máquina infernal”⁸⁵⁷—, no dejaría de ser un aporte que solo mejora —aunque sea significativa y quizá decisivamente— la capacidad de otro(s) para realizar la acción principal correspondiente.

La referida interdependencia funcional que han de exhibir dos o más aportes para que la acción conjunta tenga lugar en el modo en que lo hace *no* significa, sin embargo, que esta no haya podido suceder de otra manera, lo que representaría una aplicación arquetípica de la *conditio sine qua non*. Tener esto en vista es crucial de cara a la comprobación de qué interrogante requiere contestarse para identificar una contribución fundamentadora de coautoría. En el ejemplo prototípico, antes mencionado, de quien sujeta a la víctima mientras otro la apuñala, la pregunta no debiese rezar: ¿*B* podría haber matado a *C* sin la intervención de *A*?, ni mucho menos, ¿*A* podría haber matado a *C* sin la intervención de *B*? Pues —siguiendo en esto las observaciones de Kutz⁸⁵⁸—, en constelaciones como la mencionada, al removerse el aporte de un sujeto (en nuestro caso, *A*), se está modificando

⁸⁵⁶ Para la distinción entre acciones constitutivas complejas y acciones causalmente complejas, SEARLE, *Making the Social World*, pp. 35 y ss. Buscando respuesta a la pregunta de qué contribución es tan esencial como para co-configurar un injusto material de autoría, LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), pp. 495 y s., advierte que existen aportes que el legislador ya ha visto como suficientemente esenciales para fundamentar o incrementar el injusto formal (como ocurre, de manera paradigmática, con el empleo de violencia en el robo). Según Lampe, ello ofrecería una pista para que en otros casos (como en el homicidio o las lesiones), por analogía, también pudiera fundamentarse coautoría. Nótese, sin embargo, que esta última conclusión no necesita descansar en un analogía (por lo demás, *in malam partem*) con lo previsto en otros tipos delictivos, sino más bien en el hecho de que también la clase de acción prohibida “matar a otro” *puede* ser instanciada a través de comportamientos complejos; la diferencia con las clases de acción que subyacen a las prohibiciones del robo y de la violación es que estas son *necesariamente* complejas.

⁸⁵⁷ Supuesto que cabría formular del siguiente modo: para matar a *C*, *A* elabora e instala secretamente un complejo mecanismo que permite producir la muerte de *A* tan solo presionando un botón, lo cual efectúa *B*. Para una solución que conduciría a afirmar la responsabilidad de *A*, a título de autor, y de *B*, a título de partícipe, véase VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 340.

⁸⁵⁸ KUTZ, «Causeless complicity», *Criminal Law and Philosophy*, 1 (2007), p. 298.

el hecho y preguntando por la causación en un mundo alternativo, en el que se daría por supuesto que el comportamiento de *B*, sin ser complementado por el de *A*, habría exhibido mayor autonomía funcional de la que efectivamente tuvo, levantando entonces una presunción de autoría directa. En lugar de ello, la atención debiese cifrarse en lo siguiente: ¿el comportamiento de *A* se encuentra en una conexión funcional con el de *B*, de una manera tal que *ambos* constituyan la acción que permite *explicar* la muerte de *C* del modo en que ha tenido lugar? Justamente el recurso a juicios causales contrafácticos es un déficit del criterio con arreglo al cual desde la teoría del dominio del hecho se calibra la esencialidad del aporte, esto es, la capacidad de coautor para hacer fracasar el plan mediante el retiro de su aporte⁸⁵⁹. Pues no se trata de sopesar la supuesta redundancia de un aporte actual a cargo de la efectividad autónoma que potencialmente habría exhibido el resto, sino de si aquella contribución, en virtud de la función que efectivamente cumple, admite ser interpretada unitariamente con otros aportes equivalentes en términos tales de que se trate de un solo hecho.

La comprensión del comportamiento conjunto sobre el cual recae la coautoría como una unidad de acción torna explícito el carácter eminentemente contextual de esta operación composicional. Esto significa que la pregunta acerca de cuándo un comportamiento es parte componente de otro (más complejo) supone considerar no solo la relación entre ambos, sino también la existente entre las partes componentes. De ello se sigue que el significado de cierta clase de acciones (algunas veces, *prima facie*, auxiliares de cara a la descripción típica) no puede quedar definitivamente fijado sino es con arreglo al contexto en el cual se insertan. Vaya un ejemplo de lo anterior a partir de las (problemáticas) actividades de vigilancia. En principio, el solo asegurar o supervisar el lugar en el que se realiza el respectivo hecho, infundir así confianza al o los demás sujetos que lo ejecutan, favorecer su huida o evitar el impedimento del hecho, son comportamientos auxiliares que únicamente facilitan la realización de una acción principal por parte de otro u otros⁸⁶⁰. Quien vigila el sitio donde otro ejecuta daños contra la propiedad de un tercero no realiza un aporte susceptible de integrarse como parte del hecho. Tratándose de un tipo de robo, lo anterior no debiese variar si la presencia de un vigilante no redundaba en una optimización de las posibilidades de éxito de la empresa, como si, por ejemplo, el sitio no contase con suficientes condiciones de seguridad que hiciesen presumible la pronta

⁸⁵⁹ ROXIN, *PG*, t. II, § 25/188. También HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/109, con múltiples referencias. Para la crítica de este extremo, véase ya GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 2ª ed., p. 125.

⁸⁶⁰ Por supuesto, este factor también dependerá de manera decisiva de las particularidades de cada regulación positiva. Por ejemplo, en el caso chileno, será menos problemático considerar coautores a quienes realizan actividades como las descritas en el texto, en razón de lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del CPCh, según el cual se consideran autores a “[l]os que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, o de lo establecido en su N° 3, que extiende esta consideración a “[l]os que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

llegada de terceros. Antes bien, para que un acto de vigilancia pudiera considerarse parte integrante de una eventual acción conjunta, esta última tendría que estar “dispuesta de tal forma”⁸⁶¹, que aquel aporte sea susceptible de interpretar como pieza que interdependiza las demás actuaciones, haciendo de todas una “prestación colectiva”⁸⁶². Ello, no en el mero sentido de infundir confianza a los demás —eventual instancia de complicidad psíquica—, ni tampoco en términos contrafactuales —pues la vigilancia se mostraría siempre indispensable si el delito quedase en fase de ejecución imperfecta, y superflua, en cambio, cuando se consumara—, sino de que la eficacia de una acción como la emprendida, aquí consistente en desplazar un objeto de la esfera de custodia de un sujeto a la de otro u otros, de acuerdo a las circunstancias particulares, objetivamente precise una ejecución rápida y libre de embarazos⁸⁶³. La solución de coautoría es todavía más factible en los casos en que a la vigilancia se añade la conducción en la fuga (la llamada “vigilancia cualificada”)⁸⁶⁴.

Que la acción por parte de un sujeto tendente a impedir que se evite la ejecución de la acción de otro pueden quedar sometidas a un mismo patrón de agencia posibilita el reconocimiento de una coautoría en casos de interrupción de un curso causal salvador. Por ejemplo: *A* dispara con un arma de fuego en contra de *C*, gracias a que la acción salvadora de *D*, quien es garante de la vida de *C*, ha sido interrumpida por *B*. Si existe una convergencia cognitiva e intencional entre *A* y *B* podría imputarse a ambos, a título de coautores, un delito de homicidio, pues, a pesar de que *prima facie* solo *A* realiza la acción productiva de la muerte de *C*, para que ello tenga lugar *B* introduce una condición negativa, a saber: que *D* no pueda rescatar exitosamente a *C*. La unidad típica de acción entre el comportamiento de *A* y *B* puede sustentarse asimismo en el hecho de que, de no haber intervenido el segundo, la acción del primero únicamente habría contado como una tentativa de delito; y, adicionalmente, en que la vía por medio de la cual *B* se involucra en el hecho consiste en impedir la ejecución de una acción (principal) de impedimento, cuya omisión por parte de *D*, habiendo podido ejecutarla, podría haber generado para él una responsabilidad a título de autor directo de un delito impropio de omisión.

La unificación interpretativa de dos o más comportamientos como unidad típica de acción —no necesariamente basada en una unidad de acciones típicas— podría suscitar la objeción de una presunta infracción al mandato de determinación. Sin embargo, lo

⁸⁶¹ Lo cual significa “presentada” objetivamente de tal manera, y no necesariamente “planificada”, en términos de excluir un patrón de agencia compartida configurado espontáneamente.

⁸⁶² Cfr. KÖHLER, *AT*, p. 518.

⁸⁶³ Incluyendo a la aplicación de “medidas de aseguramiento” dentro de aquellas circunstancias que podrían construir con el hecho una “forma unitaria de injusto”, LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), p. 495. De manera similar, desde los presupuestos de la teoría del dominio del hecho, LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 29ª ed., § 25/11, sugieren que las contribuciones de los coautores deben construir una “unidad de sentido”.

⁸⁶⁴ Al respecto, BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, «V. Comentario Cuarto», pp. 214 y s.; y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ, «III. Comentario Segundo», pp. 202 y s.; en BALDÓ LAVILLA Y OTROS, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, 27 (1992), pp. 189 y ss.

anterior significaría dar por sentado que el contenido en cuestión se encuentra legalmente determinado —solo de ahí que pueda infringirse—, en circunstancias de que, en realidad, las legislaciones penales no definen —ni sería conveniente definir— qué debe entenderse por realización conjunta⁸⁶⁵. En lugar de esto, solo describen supuestos de hecho a cuya satisfacción asocian una sanción y establecen —en los sistemas diferenciadores— la *posibilidad* de que la realización de dichos tipos delictivos sea imputada como una realización conjunta. Frente a esta realidad, y en virtud de la posibilidad de recurrir a modalidades accesorias de intervención delictiva, solo cabe proceder restrictivamente, lo cual significa: los comportamientos que, individualmente considerados, no son típicos, pueden ser integrados en una unidad típica de acción, pero para ello es necesario que hayan configurado de manera determinante el quebrantamiento (en tal medida) *conjunto* de la norma respectiva, y no que solo hayan generado la oportunidad o mejorado la capacidad para que otro ejecute la acción principal correspondiente.

Por supuesto, en el contexto del CPE, la consagración de la cooperación necesaria ha favorecido que un importante sector de la doctrina española, para algunos casos límite —entre los que caben, como enseguida se verá, los de aportes esenciales prestados en fase ejecutiva, y los de “coautoría” aditiva y alternativa—, acuda justamente a esta modalidad accesorias de intervención, de lo cual se obtienen dos consecuencias: por un lado, tales constelaciones pueden quedar sometidas al mismo régimen punitivo de la (co)autoría; por el otro, ello ha permitido que se patrocine una comprensión restrictiva de los presupuestos constitutivos de la coautoría. Al respecto, desde ya cabe asumir que la cooperación necesaria *podría* ser la figura cuya *aplicación* mejor se ajuste a las características de un caso concreto; sin embargo, lo crucial es si ello descansa en razones de índole conceptual, que determinarían la incompatibilidad de la coautoría con este *grupo de casos*. Pues la cooperación necesaria solo estaría en condiciones de introducir semejantes restricciones en la extensión del concepto de coautoría —o formulado a la inversa: de ganar parte del concepto de esta última— en la medida en que ella misma fuese una clase de autoría. Pero bajo la regulación del CPE —según la cual el inductor y el cooperador necesario “serán considerados autores”— es mucho más plausible y extendida la lectura contraria: la cooperación necesaria es una forma agravada de complicidad, por lo que también queda sometida al principio de accesoriedad. En fin, si la aplicación de la cooperación necesaria para los casos límite recién enunciados realmente se basara en la incompatibilidad de estos últimos con los presupuestos conceptuales de la coautoría, cabría deducir que, de no existir la figura de la cooperación necesaria, tales constelaciones tendrían que haber sido tratadas *siempre* como hipótesis de complicidad.

⁸⁶⁵ En ese sentido, incluso en los sistemas diferenciadores, el *concepto* de coautoría solo aparentemente está precisado. Pues, como señalara NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 76, en el solo tenor literal de la expresión “ejecutar conjuntamente” no puede encontrarse una caracterización objetiva de la actividad del coautor.

2.2. El rol de la causalidad en la fundamentación de la responsabilidad individual del coautor

Frente a la disyuntiva de si es o no necesaria la eficacia causal de cada aporte, individualmente considerado, la división de opiniones no puede ser más patente. Apoyado en el carácter constitutivo de la coautoría, un importante sector de la doctrina — especialmente alemana— considera que los eventuales déficits de causalidad de una contribución individual para con el resultado global pueden quedar compensados por el fundamento de imputación que suministra su regulación expresa. Si, por el contrario, la responsabilidad por el quebrantamiento conjunto de una norma tuviese como presupuesto que cada aporte fuese una causa de ello, entonces —se concluye— la coautoría carecería de una función autónoma⁸⁶⁶. Por esto, un nutrido sector doctrinal se limita a exigir de cada aporte la creación o incremento del riesgo⁸⁶⁷, lo cual, en clave de dominio del hecho, se traduce en que las contribuciones individualmente consideradas se muestren como esenciales desde una perspectiva *ex ante*⁸⁶⁸. Para otros, si bien no es necesario exigir causalidad de los aportes para la realización del tipo, sí se requeriría, en cambio, que sean causales para la constitución del hecho global que lo realiza⁸⁶⁹. Por el contrario, para un sector minoritario de la doctrina, la imputación como propio de un hecho, también mediante la estructura de la coautoría, presupone el establecimiento de un nexo causal entre el aporte prestado y el resultado típico. Sobre la base de esta consideración, se endosa al parecer dominante la maniobra de pretender encubrir problemas de causalidad, recurriéndose instrumentalmente a la coautoría para darlos por solventados⁸⁷⁰.

2.2.1. Trasfondo del problema

Según fuese adelantado, una de las consecuencias más palmarias de superponer la estructura de la autoría directa a la coautoría es exigir eficacia causal de los aportes prestados por los posibles coautores. Aquí se ha insistido, en cambio, que la coautoría es un criterio de autoría con estructura propia, por lo que estaría descaminada la pretensión

⁸⁶⁶ Así, RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 426; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 68; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 140. También BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 148, quien consideraba innecesario que cada acción fuese una condición necesaria para el resultado, pues precisamente en eso descansaría el “significado práctico del concepto de coautoría”.

⁸⁶⁷ Véase BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, p. 375, a propósito de la “coautoría aditiva”.

⁸⁶⁸ ROXIN, *PG*, t. II, § 25/212 y ss. Al respecto, véase también HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/109; JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/229; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 259 y ss., 316 y ss.

⁸⁶⁹ Paradigmático, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 162 y ss.

⁸⁷⁰ Así, críticamente, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), pp. 239 y ss. Exige causalidad individual de los aportes también BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 225 y ss. En la doctrina española, véase ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 568 y s. De otra opinión, CORCOY BIDASOLO, «La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–», en DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (eds.), *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 603 y s., quien acertadamente afirma que en supuestos de coautoría no es necesario probar la causalidad de la conducta de cada coautor.

de trasladar a ella requerimientos que tienden a imponerse en la autoría directa. En este sentido, es pertinente invocar en este contexto el carácter constitutivo de la coautoría. Sin embargo, quienes patrocinan esta última opinión, asumen el compromiso teórico de que dicho carácter constitutivo estaría consagrado a compensar déficits de tipicidad; ello es altamente problemático no solo porque presenta a la responsabilidad del coautor como una anomalía, sino porque precisamente asume como premisa básica la de la tesis contraria, a saber: que la causalidad, efectivamente, es un criterio de imputación.

En oposición a lo anterior, una de las premisas metodológicas sobre las cuales descansa esta investigación consiste en que la coautoría, como modalidad de intervención delictiva, en primera línea, constituye un problema de imputación, no de causalidad. Ya a propósito de la estipulación de un concepto de acción conjunta se anticipó que la causalidad no puede operar como mecanismo de adscripción de agencia, pues, que dos o más sujetos hayan causado algo, no implica que, en efecto, hayan ejercido un solo patrón de agencia. La causalidad es una relación entre eventos, para cuyo establecimiento puede mantenerse al margen la pregunta de si el o los sujetos involucrados pueden venir en consideración como agentes. Ahora, sin embargo, corresponde ante todo descartar la relación inversa: dos o más sujetos pueden relacionarse agencialmente con un mismo evento sin que sea necesario que cada uno, de manera individual, lo haya causado. Ciertamente, es común que coincidan las condiciones de sujeto causante de un hecho y de sujeto responsable (a fuer de agente) del mismo, pues la razón intuitivamente más inmediata para imputarlo es la de haberlo causado. Pero es fundamental reparar en que esa coincidencia es puramente contingente. Por de pronto, esto puede apreciarse en ciertas acciones conjuntas que son constitutivamente complejas, cuyo nivel de referencia no es la causalidad, sino un patrón agencial institucionalmente configurado⁸⁷¹. Que el comportamiento de dos sujetos que actúan mediante división de funciones *cuenta como robo*, por ejemplo, no descansa en el vínculo causal que se deja establecer entre sus comportamientos, sino en un factor convencional. Pero, incluso si se cifra la atención exclusivamente en los delitos de resultado puros, la exigencia de causalidad individual de cada aporte únicamente estaría referida a la base (o fundamento) de imputación, pero no al objeto de esa imputación, que es el hecho global por el cual, en definitiva, resultan responsables todos los coautores.

2.2.2. Las contribuciones de los coautores como partes componentes de una acción conjunta

A raíz de la última consideración se torna necesario distinguir la relación predicable entre las acciones que cuentan como partes componentes de la acción conjunta objeto de

⁸⁷¹ Cfr. SEARLE, *Making the Social World*, pp. 36 y ss.

coautoría, por un lado, y la relación existente entre esta acción conjunta y la realización del tipo, por el otro. Aunque posible, no es indispensable que cada uno de los aportes de los coautores sean, por sí solos, una condición mínima suficiente para la producción del resultado en cuestión⁸⁷², ya que este ha de ser explicado por la acción conjunta que emerge como consecuencia de la reunión de tales aportes⁸⁷³. La razón de ello descansa en que el comportamiento de cada coautor es relevante en lo que respecta a la generación de una acción compuesta, empero, lo que produce la acción individual de ese sujeto, para este contexto, tiene un carácter secundario, ya que no constituye el objeto de imputación.

A primera vista, la tesis hasta aquí esbozada podría sugerir una semejanza con la defendida por autores como Dencker, que también patrocina un examen de dos niveles. Pero dicha proximidad solo es aparente. En efecto, Dencker distingue, como también se hace aquí, la relación entre los aportes de los coautores con el hecho global, y, a su vez, entre este último y el resultado típico. Así, desde su perspectiva, no se precisaría identificar una relación causal directa entre los aportes y la realización del tipo, pues la imputación del resultado se encontraría suficientemente fundada ya en *el incremento del riesgo* que representan tales contribuciones. En cambio, según Dencker, sí sería necesario que los aportes de los coautores “causen” la acción conjunta⁸⁷⁴. Para una ponderación crítica de ambas tesis —la que exige directamente la causalidad individual para con el resultado y esta tesis intermedia, favorecida por Dencker— resulta necesario retomar disquisiciones preliminares sobre la generación de acciones compuestas.

Las acciones compuestas (sean individuales o conjuntas), técnicamente, no constituyen un resultado de las partes componentes, ni estas, por ende, una causa suya. Por ejemplo, cuando *A* dispara a *B* presionando el gatillo de una pistola, el movimiento de su dedo índice no causa la acción de disparar a *B*, sino que es una fase en la composición de esta última⁸⁷⁵. La relación causal entre una acción y alguno de sus posibles resultados dependerá de la descripción que se tome como punto de referencia. Pues bien, si se adopta

⁸⁷² Sobre la teoría de la condición mínima suficiente, fundamental, PUPPE, *Indret*, 4 (2008), pp. 13 y ss. A diferencia de la fórmula *conditio sine qua non*, esta teoría no trabaja con arreglo a una noción de condición necesaria (que fracasa en casos de causalidad alternativa), sino de condición suficiente. Así, básicamente, lo que debe comprobarse es si un comportamiento es o no parte necesaria de una condición mínimamente suficiente para la producción de un resultado, conforme la aplicación de leyes causales.

⁸⁷³ En esta misma dirección, véase TOEPEL, *Kausalität*, pp. 71 y s.

⁸⁷⁴ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 164 y s., 217 y ss., especialmente pp. 219 y 229. En cambio, afirmando que, para llegar a esa conclusión, no es necesario el doble análisis patrocinado por Dencker, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 142. Desde otra perspectiva, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 339 y s., sugiere que lo más apropiado, desde las coordenadas del planteamiento de Dencker, habría sido prescindir de la constatación de la causalidad individual.

⁸⁷⁵ No es una acción distinta, sino una de las distintas descripciones que pueden predicarse de una misma acción, con arreglo a lo que Joel Feinberg bautizara como “efecto acordeón”. Para la aplicación de este argumento a la individuación de acciones, DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, pp. 53 y ss. En la dogmática penal, véase MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), pp. 679 y ss.

una lectura distributiva, para así discernir las contribuciones de los coautores como acciones individuales, la única relación de causalidad que se encontraría disponible es la relativa a lo que ellas individualmente causan. Pero el resultado que a través de la coautoría pretende imputarse es el condicionado por la acción conjunta, y puesto que esta última es una acción compuesta, el ejercicio consistente en cotejar dicho resultado con las partes componentes de la acción compleja adolece de una falta de correspondencia en los respectivos *relata* de una relación causal. Para ilustrarlo, considérese el siguiente ejemplo de acción (individual) compuesta propuesto por Mosterín:

“El médico x realiza la acción compuesta de vacunar a toda la población del lugar mediante las acciones componentes de vacunar a cada uno de sus habitantes. El vacunar a un habitante determinado no es causa, sino componente de la acción compuesta de vacunar a toda la población”⁸⁷⁶.

Imagínese ahora que si, en lugar de uno, fuesen tres médicos los que vacunan en exacta proporción a una población de trescientas personas: como en el caso original, las cien vacunaciones a cargo de cada médico tampoco serían “causa” de esa obra conjunta, sino solo componentes de ella. Si bien es cierto, para que dicho evento pueda ser descrito (verdaderamente) como la vacunación de una población de trescientas personas por parte de tres médicos será necesario que tengan lugar trescientas vacunaciones, y, a su vez, para que esto represente una acción conjunta, además, se requerirá que la *conjunción* de las acciones de tales médicos explique dicho resultado, sin embargo, de todo ello no se sigue que cada una de sus acciones individuales haya causado el resultado asociado a dicha acción conjunta.

La importancia de neutralizar la relevancia adscriptiva que tiende a asignarse a la causalidad queda de manifiesto en los casos en que la diferencia entre la base y el objeto de imputación se vuelve tan ostensible que pierde validez aquello que inicialmente se ofrecía como intuitivo. Para graficar el asunto implicado de fondo, considérense los siguientes ejemplos que ofrece Parfit al denunciar este usual “error en matemática moral”:

Los viejos malos días. Mil torturadores tienen en su poder a mil víctimas. Al comienzo de cada día, cada una de las víctimas ya siente un ligero dolor. Cada uno de los torturadores gira el interruptor de cierto instrumento unas mil veces. Cada giro del interruptor afecta al dolor de alguna víctima de un modo imperceptible. Pero, después de que cada torturador ha girado su interruptor mil veces, el resultado es que ha infligido a su víctima un dolor severo.

⁸⁷⁶ MOSTERÍN, *Lo mejor posible*, p. 245.

Los torturadores inofensivos. En los viejos malos días, cada torturador infligía un severo dolor a una víctima. Ahora han cambiado las cosas. Cada uno de los mil torturadores aprieta un botón, y con ello gira un interruptor una vez en cada uno de los mil instrumentos. Las víctimas sufren el mismo severo dolor. Pero ninguno de los torturadores hace el dolor de cada víctima perceptiblemente peor⁸⁷⁷.

La intuición que a través de tales ejemplos pretende impugnarse consiste en suponer que la incorrección del comportamiento atribuible a un sujeto es exactamente conmensurable con la medida de lo que este contribuye a su generación, de lo cual se seguiría que alguien solo puede ser responsabilizado por los efectos perceptibles derivados de sus propias acciones. Al tratarse de acciones individuales, ello generalmente no suscitará resistencias, empero, como la variante del ejemplo de Parfit pone en evidencia, las dudas surgirán tan pronto sean varios los que intervengan. En *Los torturadores inofensivos*, donde dicha pluralidad se acentúa hasta guiar a una reducción al absurdo, aparece una dificultad similar a la de la paradoja sorites⁸⁷⁸, pues, si se suprime el comportamiento de uno o incluso muchos de los torturadores, los efectos en perjuicio de la víctima, cualitativamente, continuarán siendo los mismos, aunque eventualmente llegará un momento, por supuesto, en que la resta de contribuciones acabe determinando una diferencia perceptible. Ahora bien, lo interesante es que, aun si existieran mejores razones para aferrarse a la relevancia causal ínfima de cada aporte —por ejemplo, porque es el único exclusivamente propio del sujeto—, al considerárselo aisladamente, perfectamente podría quedar reducido a la condición de mera vía de hecho atípica. Si esta conclusión resultara contraintuitiva, y se asumiera, en su lugar, que todos aquellos cuyos aportes individuales con relevancia causal, por ínfimo que sea, han de cargar responsabilidad, entonces surgiría otra aporía: la apariencia de “responder por mucho en circunstancias de que se produce poco”. Pues bien, si ambas alternativas se exhiben como altamente dudosas, se debe a que, más allá de la conexión causal que eventualmente pueda establecerse entre el comportamiento discreto de cada coautor y el resultado lesivo⁸⁷⁹, lo que realmente interesa dilucidar es si a cada agente resulta imputable la acción conjunta de la que se deja predicar el resultado global (en el caso sugerido por Parfit: las lesiones padecidas por mil torturados). La comprensión produccionista anclada a la exigencia de causalidad individual pasa por alto que lo singular de las acciones conjuntas radica precisamente en que aquello que los agentes *individualmente* producen no es coextensivo

⁸⁷⁷ PARFIT, *Razones y personas* (trad. Rodríguez González), 2004, pp. 181 y s.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, pp. 183 y s.

⁸⁷⁹ Pues, en *Los torturadores inofensivos*, el comportamiento de cada torturador, al menos desde un punto de vista contrafactual, claramente no es una *condición necesaria* para que el dolor de la respectiva víctima sea perceptible —dada la nimiedad de la diferencia entre 0.999 y 1—, pero, a la vez, para que representen partes necesarias de una condición mínima suficiente, sería ya imprescindible ponerlas en relación, de tal modo que a partir de la suma de un número determinable de contribuciones se formen combinaciones posibles que sean suficientes para explicar el resultado.

con lo que *conjuntamente* hacen. De ahí que una propuesta correctiva de tal correlación pueda ser la siguiente: en virtud de lo que individualmente contribuye (base de imputación), un sujeto puede llegar a responder por las consecuencias causales derivadas de las acciones que realiza conjuntamente con otros (objeto de imputación). Solo de esta forma se evita que por la vía de una identificación entre causación y autoría resulte como saldo una eventual trivialización de su responsabilidad⁸⁸⁰.

2.2.3. Factibilidad de la “coautoría aditiva” y de la “coautoría alternativa” (remisión)

Al interior de la controversia acerca de si es o no necesario que la contribución de cada uno de los potenciales coautores exhiba eficacia causal suelen trabajarse dos grupos de casos. En lo que sigue, tales problemas serán expuestos tan solo en sus dimensiones esenciales, ya que habrá oportunidad de volver sobre ellos a propósito de ciertos casos paradigmáticos de coautoría en el injusto imprudente⁸⁸¹, cuyo apropiado tratamiento presupone haber desarrollado la compatibilidad entre ambas estructuras de imputación.

Como casos de “coautoría aditiva” se trabajan aquellos en los cuales dos o más sujetos, existiendo un nexo intersubjetivo entre ellos, realizan acciones que, individualmente consideradas, son potencialmente eficaces para satisfacer la descripción del respectivo tipo de acción, y, sin embargo, se desconoce cuál de ellas, en concreto, ha causado el resultado. Considérese el siguiente ejemplo:

Arrojando piedras desde un puente. Desde la parte superior de un puente, *A, B, C y D* arrojan alternadamente piedras contra los vehículos que transitan bajo él. Uno de los varios impactos dirigidos en contra de un mismo automóvil consigue traspasar su parabrisas delantero, lesionando al conductor *E*. No puede comprobarse quién arrojó la piedra en cuestión.

El problema que suscita la coautoría aditiva radica en que, según sus detractores, no es posible asignar eficacia causal individual a ninguna de las contribuciones prestadas y, con ello, no podría afirmarse su tipicidad⁸⁸². Así, y en virtud del principio *in dubio pro reo*, a primera vista, solo podrían imputarse, en caso de haber dolo, *sendas* tentativas de delito. En el extremo opuesto, un importante sector de la doctrina consideraría que, a pesar de que no pueda establecerse una conexión causal entre el resultado y alguna o algunas de

⁸⁸⁰ En ese sentido, véanse las conclusiones de PARFIT, *Razones y personas*, pp. 190 y s.

⁸⁸¹ Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.2.

⁸⁸² Rechazan esta forma de coautoría, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *LH-Roxin*, 1997, p. 328; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, pp. 282 y 286; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 570 y s.; SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/139.

las contribuciones, todas estas, desde una perspectiva *ex ante*, desempeñarían una función esencial consistente en incrementar cualitativamente el riesgo de que llegue a realizarse el resultado⁸⁸³. Pero semejante formulación dista de ser satisfactoria, pues dejaría ver que, tras el recurso a la esencialidad *ex ante* —a ser predicada, en un caso como el propuesto, respecto de tres de los cuatro lanzamientos de piedras—, descansa la consideración de que solo una de ellas es esencial *ex post*. Esta falta de correspondencia denota un problema, pues, aun suponiendo —por mor del argumento— que todas las contribuciones constituyesen *per se* un incremento del riesgo de que se realice el resultado, no será cierto que el resultado producido haya concretado el riesgo individualmente creado mediante *cada* aportación, y, más bien por el contrario, será necesariamente el caso que el resultado solo concretará *uno* de tales riesgos. En un caso como el planteado, que cada una de las cuatro conductas peligrosas supuestamente se haya concretado en el resultado quedaría desmentido por el hecho de que solo habría un agujero en el parabrisas del automóvil. Con ello, no solo se modifica la perspectiva de análisis de la esencialidad del aporte —*ex post* por otra *ex ante*—, sino también su objeto de referencia. Por otro lado, calibrar la esencialidad *ex ante* del aporte con cargo a un incremento del riesgo de producción del resultado plantea el problema de que, mientras mayor sea el número de contribuciones peligrosas, proporcionalmente menor será el peligro que cada una agregue para la producción del resultado; dicho de otro modo: a mayor cantidad de aportes esenciales, menor sería la esencialidad de los aportes⁸⁸⁴. En nuestro ejemplo, si, en lugar de cuatro, hubiesen sido diez los jóvenes que arrojan piedras desde el puente, menor hubiese sido el porcentaje de riesgo incrementado por *cada* aporte.

Favoreciendo igualmente una posible coautoría en este grupo de casos, algunos invocan su efecto constitutivo, sobre la base de que precisamente su razón de ser consistiría en ofrecerse como un expediente que permita compensar una falta de realización del hecho totalmente de propia mano⁸⁸⁵. Con todo, como se ha señalado, es indispensable distinguir el *carácter inherentemente* constitutivo de la coautoría, en tanto que criterio de imputación con requisitos autónomos, de su *función eventualmente* constitutiva de punibilidad, para casos en los cuales no pueda venir en consideración una pluralidad de autorías directas. Pues ni la constatación de esta última circunstancia, ni la presencia de

⁸⁸³ BLOY, GA (1996), p. 430; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 137 y s.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 316 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 876 y s.; EL MISMO, PG, t. II, § 25/230; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/218.

⁸⁸⁴ También es imaginable que la intervención de varios expertos (francotiradores, por ejemplo) no consiga mejorar (aun más) las probabilidades de que el resultado acaezca, volviéndose así recíprocamente redundantes, en términos de un riesgo que ya no sigue incrementándose. Sobre esto último, véanse las observaciones críticas de JAKOBS, *FS-Herzberg*, pp. 399 y s.

⁸⁸⁵ Así, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 57 y 60. En sentido próximo, RENZIOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, AT, t. II, 8ª ed., § 49/72, quien admite una posible coautoría aditiva en virtud de la imputación recíproca (del aporte del ejecutante), a su vez, fundamentada en el plan común del hecho.

un nexo intersubjetivo entre los sujetos involucrados justificarían, sin más, acudir a la coautoría, que solo se encontrará disponible en la medida en que, más allá de la pregunta sobre la causalidad individual de los comportamientos realizados por dos o más sujetos, en ellos se deje reconocer objetivamente la aplicación de un mismo patrón agencial.

A raíz de lo dicho, para solucionar este grupo de casos es crucial, en primer lugar, controvertir la suposición de que la única descripción posible del suceso sea la que da cuenta de varias acciones distintas. En el ejemplo indicado, los comportamientos de *A*, *B*, *C* y *D* también pueden ser descritos como “partes de una acción conjunta” consistente en arrojar piedras al automóvil de *E*. Por de pronto, y a reserva de concreciones a propósito de su aplicación al injusto imprudente, obsérvese que, desde este punto de vista, es innecesario fundamentar la responsabilidad de tres de tales coautores con cargo en un riesgo que no se materializó; más bien, cabe imputar a los cuatro sujetos la consecuencia causal derivada de la aplicación de un patrón unitario de agencia⁸⁸⁶. Como se dijo a propósito del problema relativo a la composición de acciones conjuntas, una vez caracterizados los comportamientos de varios sujetos bajo la condición de componentes de esta instancia de acción compleja, basta con establecer la relación de causalidad entre esta última y el resultado asociado a ella. Por lo demás, la conclusión obtenida es exactamente la misma a la que habría tenido que arribarse si, por ejemplo, únicamente *A* hubiese arrojado las cuatro piedras, en donde la pregunta acerca de cuál de las cuatro piedras causó la lesión de *E* sería irrelevante⁸⁸⁷. Como lo indica su denominación, la coautoría aditiva representa un problema dogmático en la medida en que se adopta una visión agregativa que solo contempla la relación entre el todo y las partes, y pierde de vista la relación interna entre ellas. Puesto que una acción conjunta también constituye un hecho propio, la solución patrocinada no tendría por qué generar reluctancia a la luz del principio de autorresponsabilidad.

Más problemas aun suscita la llamada “coautoría alternativa”. Con este rótulo se designan casos en los que, existiendo un nexo intersubjetivo, para la realización de una determinada acción, dos o más sujetos se distribuyen funciones de una forma tal que, a quien se presente la oportunidad para ella, la ejecutará en su totalidad. Un ejemplo paradigmático:

⁸⁸⁶ Acertadamente, OLMEDO CARDENETE, «Artículos 27, 28 y 29», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, p. 234, favorece en estos casos la solución de una coautoría, dada la existencia de “una vinculación inmediata y directa en un mismo contexto espacio-temporal con quien causa el resultado”. Con todo, nótese que justamente porque se trata de una unidad de acción, el mismo nexo tiene que reconocerse entre el comportamiento de este último sujeto —que se desconoce cuál de entre todos es— y el de los demás coautores. Si la relación fuese unilateral, se estaría razonando en términos de accesoriedad.

⁸⁸⁷ Nótese que esto no significa tratar a los intervinientes como si fuesen una sola persona (cfr., sin embargo, JAKOBS, *FS-Herzberg*, p. 409), pues la afirmación de una unidad de acción (entre acciones realizadas por un solo sujeto o por sujetos distintos) no descansa —ni redundante tampoco— en una unidad del agente, sino en propiedades que necesitan exhibir las acciones de cuya posible unificación se trata.

La emboscada. Con el propósito de matar a *C*, y premunidos de armas de fuego, *A* y *B* se han apostado cada uno en los extremos de una calle. Dependiendo del camino que *C* escoja, la ejecución del disparo puede estar a cargo alternativamente de *A* o de *B*. Finalmente, es *B* quien dispara en contra de *C*.

La denominación “coautoría alternativa” resulta equívoca, pues la alternatividad no reside en el criterio de imputación, sino en las acciones que son potencialmente susceptibles de configurar autónomamente el comportamiento que es objeto de imputación⁸⁸⁸. Según un sector doctrinal, en estas constelaciones solo un sujeto puede ser autor (directo) —en el ejemplo anterior, *B*—, ya que su comportamiento satisface por sí solo la descripción del respectivo tipo, mientras que el otro —es decir, *A*—, que no realiza siquiera un acto ejecutivo, solo aportaría una contribución constitutiva de participación⁸⁸⁹. Para algunos defensores del dominio del hecho tampoco podría configurarse una coautoría, ya que la división del trabajo necesita encontrarse referida al tipo⁸⁹⁰.

Por el contrario, al exigir solo la intervención en fase ejecutiva (y no necesariamente la realización de actos ejecutivos), una tesis diferenciadora, liderada por Roxin, consideraría que la esencialidad *ex ante* de un aporte —en *La emboscada*, el de *A*—, basada en un incremento del riesgo —aquí, referido a la vida de *C*—, podría fundamentar en ciertos casos la solución de coautoría⁸⁹¹. Para otros, y del mismo modo que en la coautoría aditiva, esta última opción podría justificarse ya por el propio efecto constitutivo de la coautoría⁸⁹². Pero como acaba de señalarse, la eventual función constitutiva de la coautoría no autoriza a imputar bajo dicho título cualquier suceso que no satisfaga la descripción de un tipo delictivo por el solo hecho de regularse expresamente esta posibilidad. Esto permite centrar la atención en el argumento esgrimido por quienes favorecen la solución de coautoría desde la teoría del dominio del hecho.

⁸⁸⁸ Pero que, aun así, generalmente no representan casos de “causalidad alternativa”, pues ello supondría que existan dos cursos causales *actualmente* en curso, de los que solo uno acaba produciendo el resultado, impidiendo a la vez que lo haga la otra potencial “causa” (que justamente por eso no llega a ser tal).

⁸⁸⁹ Rechazan la coautoría en estos casos, considerándolos de participación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *LH-Roxin*, 1997, pp. 324 y 328; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 474 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 280.

⁸⁹⁰ Así, RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, pp. 379 y ss. Siguiendo a este último, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/139. A pesar de admitir la posibilidad de coautoría aditiva, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 514 y s., rechaza la de una coautoría alternativa, en la que lo planeado no sería una acción conjunta, sino que un hecho potencial que sería propio para cada sujeto.

⁸⁹¹ Aunque Roxin supedita su aceptación a la intervención en fase ejecutiva. Cfr. ROXIN, *PG*, t. II, § 25/232. Así, que la víctima se vea privada de la posibilidad de huir, como resultado de una ejecución del hecho en división del trabajo, representaría la esencia del dominio funcional del hecho. En este último sentido, véase SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/216. Aunque señala que no es posible ofrecer una solución general y unitaria para este tipo de casos, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 323 y ss., también admite la posibilidad de coautoría, en la medida en que se preste una contribución esencial en fase ejecutiva.

⁸⁹² KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 158; RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/73.

Lo problemático del estándar de la esencialidad es el fundamento sobre el cual descansa. Pues que un coautor sea tal *porque* su aporte genera un incremento del riesgo tiene el evidente inconveniente de que este riesgo justamente no se concreta en el resultado imputable a *todos* los coautores. Con arreglo a una lectura atómica de los aportes, asignar la misma condición jurídica a un sujeto al que se atribuye la creación de un riesgo (no concretado en un resultado) y a otro cuyo comportamiento sí lo realiza, desde luego, es difícilmente sostenible a la luz del principio de proporcionalidad. A su vez, el intento de compensar semejante desequilibrio por la vía de invocar cómo se habría configurado el mundo si hubiese dejado de operar la causa efectiva, ocupando su lugar una (potencial) causa de reserva, representa una maniobra que modifica el objeto de imputación (en tanto que evento espacio-temporalmente localizado⁸⁹³) y, de paso, en un caso como el propuesto, haría presumir la responsabilidad de *A* como autor directo.

En lugar de ello, la admisión de una eventual instancia de coautoría, ante todo, dependerá crucialmente de cuán plausible sea afirmar, con arreglo a una lectura unificadora del suceso, que el aporte efectuado por quien no realiza la acción ejecutiva se ve significativamente representado en ella⁸⁹⁴; y, a la inversa, que la acción que satisface la descripción típica, contra lo que sugeriría su lectura aislada, representa la culminación de una acción compleja. En este último sentido es donde, de acuerdo con las circunstancias del caso, podría volverse determinante el carácter alternativo de la ejecución, es decir, no en términos de lo que hipotéticamente podría haber realizado el otro compañero —desde esta óptica no hay equivalencia alguna—, sino en que precisamente la acción esté configurada de tal manera que, para su optimización, se proyectan dos modalidades de la misma, de las que solo puede cumplirse disyuntivamente una⁸⁹⁵. Solamente así podría explicarse por qué tales supuestos, desde el prisma de aquel a quien no se le presenta la

⁸⁹³ Discurriendo en un *determinado* mundo alternativo en el que se obviaría por completo el factor azar.

⁸⁹⁴ Por esto, la calidad de coautor de dicho sujeto se somete, desde un punto de vista estructural, a exigencias similares a las que justificarían que, bajo ciertas circunstancias, el inicio de la tentativa, a cargo de la acción de uno de los sujetos, pueda vincular también a quienes aún no intervienen en fase ejecutiva. Para ello no basta simplemente con la identificación de un nexo intersubjetivo, sino que también es necesario que la acción de los demás se vea de algún modo representada en la de aquel que da inicio a la tentativa. Por ejemplo, ello ocurrirá cuando el hecho no ha llegado a consumarse precisamente porque no alcanzó a verse complementado por el resto de aportaciones; o bien, en general, cuando el significado de la acción ejecutiva no pueda comprenderse cabalmente sino una vez puesta en relación con los aportes todavía no prestados. En la tentativa de robo, por ejemplo, una lectura global del suceso no solo podría ser necesaria para fundamentar la responsabilidad de quien no ha alcanzado a intervenir en la fase ejecutiva (por ejemplo, quien tenía que realizar la acción de apoderamiento), sino ya para que la acción del que sí lo hace (por ejemplo, quien ya ha empleado violencia) sea susceptible de ser imputada como tentativa de robo. Fundamental al respecto, MYLONOPOULOS, *Dogmática penal en un contexto internacional*, pp. 50 y ss.

⁸⁹⁵ No se está considerando el comportamiento que hipotéticamente *A* hubiese ejecutado, de habersele generado la respectiva oportunidad para la acción, para efectos de fundar su responsabilidad, sino más bien como un indicio que permite atribuirle, junto con *B*, la adopción de un patrón unitario de agencia.

oportunidad de realizar la acción, no representarían una hipótesis de exceso⁸⁹⁶. Con ello, la noción de optimización podría llegar a importar, pero no como un factor probabilístico que eventualmente torna más riesgoso el hecho —es posible imaginar casos en los que la intervención de varios disminuye la eficacia de un plan—, sino en un sentido práctico, que, además, permite explicar objetivamente por qué el coautor, cuyo comportamiento aisladamente considerado es típico, ha actuado del modo en que lo ha hecho⁸⁹⁷. Tales elementos no siempre quedarán suficientemente captados por una forma de participación —una cooperación psíquica es estrictamente contingente—, por lo que, de acuerdo con la tesis diferenciadora, en estos casos cabrá distinguir en función de las circunstancias.

En fin, habrá oportunidad de volver sobre estas constelaciones causales complejas, con ocasión de ciertos casos paradigmáticos de coautoría en el injusto imprudente.

2.3. Coautoría y aportes previos a la fase ejecutiva

2.3.1. Presentación del problema y posibles soluciones

Si es o no necesario que todos los coautores presten sus respectivas contribuciones durante la fase ejecutiva representa un tópico clásico de discusión en la dogmática de la intervención delictiva. En importante medida, de su desarrollo depende qué tan flexible o rígido es el concepto de coautoría que se maneja y, en consecuencia, la solución adoptada tiende a ser utilizada como marco de referencia de cara a la delimitación con las modalidades de participación. Justamente porque la regulación de estas últimas es un factor que incide de manera gravitante en la respuesta de este asunto, la consagración en el CPE de la cooperación necesaria ha determinado que el decurso de esta discusión en la dogmática española siga un derrotero distinto al de otras latitudes. Efectuada esta reserva, nuevamente, aquí se privilegiará una aproximación estructural al problema.

En efecto, en España el parecer dominante considera incompatible la prestación de contribuciones en la etapa de preparación con la condición de coautor. Además de la natural resistencia que dicha posibilidad suscita desde los presupuestos de una teoría objetivo-formal⁸⁹⁸, también los defensores del dominio del hecho suelen negar la

⁸⁹⁶ Como se verá más adelante, este aspecto es fundamental de cara a la pregunta por una eventual coautoría en el injusto imprudente. Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.3.2.

⁸⁹⁷ Por esto, en el ejemplo *La emboscada*, la potencial coautoría de *A* no descansaría simplemente en el nexo intersubjetivo con *B* —esto es, una fundamentación puramente subjetiva de su responsabilidad—, sino en el reconocimiento de que objetivamente lo efectuado por *B* es una de dos alternativas disyuntivamente proyectadas de la aplicación de un mismo patrón de agencia. Por esto, lo ejecutado por *B* ya contendría una referencia a la actuación de *A*.

⁸⁹⁸ Por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 372 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, pp. 352 y ss.

existencia de un tal dominio en quien no interviene en la fase ejecutiva⁸⁹⁹. Desde luego, ello sin perjuicio de un sector minoritario que no hace del momento del aporte una condición necesaria de coautoría, ni, por ende, identifica cooperación necesaria con aportes esenciales en fase preparatoria⁹⁰⁰. En Alemania, por el contrario, acaso todavía sea mayoritaria la opinión según la cual es innecesario que todos los coautores presten sus aportes en fase de ejecución, ya que dicho déficit podría quedar compensado por su importancia⁹⁰¹. La opinión minoritaria —aunque en franca expansión— exige que los aportes sean prestados durante la ejecución, sin exigir necesariamente la presencia en el lugar del hecho, cuando ella se dirige a distancia; por tanto, se descarta la coautoría fundada en actos preparatorios, por carecer de un carácter esencial, no considerarse como parte de la realización conjunta del hecho, y por asociar a la tesis rival tanto la creación de inseguridad jurídica, como de dificultades en su deslinde con la inducción⁹⁰².

De forma análoga a lo que ocurre con la causalidad de los aportes, también este debate yace gravemente afectado por la propensión a exigir respecto del coautor requisitos concebidos para el autor que obra en solitario. En este caso, al someterse la coautoría a una lectura atómica, que contempla las contribuciones de los coautores en tanto que acciones aisladas, el momento en que ellos intervienen tiende a imponerse como asunto de máxima relevancia: si fuesen autores directos, su responsabilidad penal solo vendría en consideración al iniciarse la fase ejecutiva, mientras que las acciones preparatorias, por regla general, no son punibles. Pero precisamente esta forma de razonar denuncia el origen del problema: preterir que el coautor no responde *por* su contribución —esta es base, no objeto de imputación—, sino de una acción conjunta que representa una eventual instancia de quebrantamiento conjunto de una norma. De ahí que, así como no es necesario que cada aporte satisfaga la descripción típica —una “realización parcial del tipo” se encuentra excluida ya por razones conceptuales—, tampoco es indispensable que todos tomen parte en la fase de ejecución, aunque esta circunstancia, cuando es predicable

⁸⁹⁹ Por ejemplo, ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, p. 229; CEREZO MIR, *PG*, t. III, p. 224; PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, pp. 229 y ss. Desde la teoría de la pertenencia del hecho, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/13 y s., también exige que el aporte sea prestado durante la fase ejecutiva, aunque considera factible la coautoría del jefe de la banda, en la medida en que conozca la totalidad del plan y controle el hecho, aunque sea a distancia.

⁹⁰⁰ En ese sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 171 y ss.; ROBLES PLANAS, *InDret*, 2 (2012), p. 4.

⁹⁰¹ EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., § 25/81; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/22; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 21/51; OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/61. En todo caso, la posibilidad de coautoría fundada en aportes previos a la ejecución no significa en modo alguno que ella descansa solamente en el “acuerdo”, pues precisamente ha de co-configurar el hecho. Al respecto, HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., § 25/69.

⁹⁰² Sobre estas críticas, véase BLOY, *GA* (1996), pp. 436 y s.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 66; ROXIN, *PG*, t. II, § 25/206; EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 328 y ss., 871 y ss.; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/205 y s.: “quien solo colabora en la preparación, ciertamente, puede influir en el suceso, pero no dominarlo”. Desde otro punto de vista, RENZIKOWSKI, en MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/45, coincide con la opinión del anterior grupo de autores, por considerar que el “proyecto de acción” en la coautoría tiene que ser delictivo, mientras que los actos preparatorios carecen de ese significado.

respecto de cada uno de los intervinientes, facilite significativamente el reconocimiento de la adopción de un mismo patrón de agencia⁹⁰³.

Quienes consideran que solo los aportes prestados durante la ejecución podrían ser esenciales —opinión patrocinada por algunos representantes de la teoría del dominio del hecho— recurren a un razonamiento que, finalmente, hace de aquella —la esencialidad del aporte— una exigencia parasitaria⁹⁰⁴. En contra de esta generalización cabría desde ya advertir que, aun cuando los aportes prestados en fase ejecutiva, en efecto, exhiben mayor relevancia que cualquier otro, el *quid* del asunto descansa en determinar si acaso los aportes previos han incidido de manera determinante en ellos. Por esto, en principio, no se trata de encorsetar la coautoría a la realización de actos ejecutivos, sino de que debiesen existir buenas razones para atribuir a título propio un hecho a quien —sin ser autor mediato— se ha distanciado temporalmente de su ejecución. Más allá del aspecto temporal, el requisito de que cada coautor intervenga en fase ejecutiva también podría reformularse como una legítima reluctancia frente a la posibilidad de que la posición jurídico-penal de un sujeto —que no es un partícipe— quede a merced de lo que otro u otros arbitrariamente decidan por él. Haciendo abstracción de los problemas de autonomía que se implican en este asunto, sobre cuya compatibilidad con un “coautor no-ejecutivo” enseguida se volverá, cabría partir por reconsiderar si acaso ya el hecho de intervenir en fase ejecutiva realmente suministra a los coautores algún grado de control respecto de lo que ejecutarán sus compañeros. Y esto no es así. Como fuese señalado con motivo de una crítica al dominio funcional del hecho, el control que supuestamente ofrecería a cada coautor la posibilidad de prestar *su* contribución en fase ejecutiva no aporta razón alguna para la imputación de un hecho compuesto por la reunión de varios otros aportes respecto de los cuales aquel sujeto, independientemente del momento en que interviene, siempre carecerá de dominio. Sin perjuicio de ello, este dato sí podría servir como parámetro para diferenciar la coautoría de una posible instancia de inducción, pues quien emite una orden que puede desactivar fácilmente —mediante una contra-orden— se sitúa en una posición distinta de aquel que solo ofrece a otro una razón para la acción.

De esta manera, la significación jurídico-penal de las intervenciones pre-ejecutivas no puede establecerse en abstracto, por ser algo inherentemente sensible a las circunstancias concretas. Así, con un ejemplo paradigmático, si el jefe de una banda criminal puede o

⁹⁰³ Cfr. HAAS, *Matt/Renzikowski-StGB*, § 25/82, quien considera que la clase y extensión del aporte es una circunstancia que tiene valor probatorio como indicio.

⁹⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), p. 32, considera contradictorio que algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho exijan la esencialidad de las contribuciones, y, al mismo tiempo, que ellas se restrinjan únicamente a las prestadas en fase ejecutiva, dado el carácter esencial que podrían revestir algunas acciones preparatorias. A ello cabe añadir que la controversia acerca de la intervención o no en fase ejecutiva, deja ver también una profunda falta de acuerdo al interior de la teoría del dominio del hecho con respecto al contenido del requisito de la esencialidad del aporte.

no ser considerado coautor, no es algo que dependa meramente de su condición de jefe, sino de cómo influye la contribución que, en ejercicio de dicha posición, ha prestado para la realización del hecho. Por esto, en términos generales, para que pueda calificarse como coautor a un interviniente cuya base de imputación está constituida por un aporte previo a la ejecución, también aquí, resulta indispensable la posibilidad de una interpretación unificadora del conjunto de contribuciones. Solamente si es factible dicha operación, el comportamiento de quien no interviene en fase ejecutiva podrá ser redescrito como parte componente de la instancia de realización típica. Como parámetro orientador en este último sentido, como señala algún sector de la doctrina, pueden venir en consideración la intensidad y la prolongación del efecto de un aporte prestado en fase ejecutiva, de tal manera que este siga manifestándose durante la ejecución⁹⁰⁵. Por supuesto, a esto podría objetarse que también las acciones auxiliares de los partícipes siguen surtiendo efecto durante la fase ejecutiva. Pero entonces cabría replicar que esa conexión de acciones se encuentra disponible desde un punto de vista amplio del suceso; la relación de interdependencia que necesita establecerse entre aportes previos fundantes de coautoría y las acciones ejecutivas, en cambio, debe ser de tal intensidad que las segundas sean susceptibles de interpretar cual continuación de las primeras. Por esto, en los casos de “coautoría vertical”, dada la diferencia temporal que media entre la intervención de los coautores no ejecutores y los que lo hacen durante la fase ejecutiva, puede identificarse una suerte de realización sucesiva, no de varios hechos típicos —así, más bien, es como opera uno de los criterios de “unidad natural de acción” o “unidad típica de acción en sentido amplio”—, sino de una sola acción que atraviesa distintas fases —esto es, una acción compuesta—, y que al finalizar puede ser interpretada como la realización (conjunta) de un solo hecho⁹⁰⁶. De ahí, también, que sea plenamente pertinente la restricción conforme la cual, mientras más alejado se encuentre un aporte espacio-temporalmente de la lesión del bien jurídico, entonces más determinante tiene que exhibirse para la producción de esta⁹⁰⁷. Pues bien, para apreciar la viabilidad y límites de esta alternativa, considérese el siguiente ejemplo:

El atentado terrorista. A, B y C planifican un atentado terrorista para cuya ejecución cada uno cumple distintos roles. A, especialista en artefactos explosivos, fabrica un dispositivo que puede ser detonado a distancia, que es entregado a B. Este último instala el artefacto

⁹⁰⁵ Así, por ejemplo, STRATENWERTH, *PG*, 4ª ed., § 12/93.

⁹⁰⁶ Nótese que, de ser plausible la construcción de dicha unidad, será necesario que ella sea identificable desde un inicio —es decir, que las acciones prestadas en la fase preparatoria estén dirigidas a ser complementadas por las que se realizan después—, y no, por el contrario, que la unidad sea sobrevenida. En esto último, sin embargo, descansa la pretensión —con razón, rechazada por la doctrina mayoritaria— de que por la vía de una “coautoría sucesiva” pueda imputarse a los nuevos intervinientes lo ocurrido con anterioridad a su adhesión, pues en estos casos no existe una “continuidad”, como sí, en cambio, en los de “coautoría vertical” y de “realización sucesiva del tipo”.

⁹⁰⁷ LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), p. 513; STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, p. 236.

debajo de un automóvil, que él mismo ha aparcado a un costado de la carretera, marchándose para no despertar sospechas. Tras recibir el mando del dispositivo a manos de *B*, *C* se traslada al lugar, detonándolo justo mientras circula un vehículo militar⁹⁰⁸.

En aplicación de la tesis aquí propuesta, resulta cuando menos plausible apreciar una unidad de acción entre la instalación del artefacto explosivo (acción preparatoria a cargo de *B*) y su detonación (acción ejecutiva a cargo de *C*), ya que ambas se complementan de una forma tal que la segunda puede tenerse por continuación de la primera, hasta el punto de que, de no intervenir antes *B*, *C* tendría que haber llevado adelante las dos acciones. Al respecto no ha de distraer el factor de que, aisladamente considerada, la acción de *B* solo habría contado como una acción preparatoria, pues esa descripción se exhibe como jurídicamente prioritaria cuando el hecho no continúa desarrollándose⁹⁰⁹. Por supuesto, afirmar que la acción de *B* podría contar como *base* para que el hecho le sea imputable a título de coautor no conlleva la suposición de que ya a partir de su comportamiento se habría iniciado una tentativa, pues ambos asuntos implican preguntas distintas. Que exista una diferencia temporal no es problemático, dado que, como se ha insistido aquí, debe distinguirse entre base y objeto de imputación: un coautor puede haber suministrado, mediante su propio comportamiento, un fundamento para que le sea imputable un hecho, antes de que este se convierta en un eventual objeto de imputación jurídico-penal. Ahora bien, no sucede lo mismo, en cambio, con la prestación de *A*, quien, a pesar de haber planificado el hecho junto con *B* y *C*, solo favorece la actuación de otros. En efecto, a diferencia de *B*, el aporte de *A* no prepara *la concreta* oportunidad-para-la-acción —que, en cualquier caso, luego solo es iniciada por *C*—, sino el medio que se utilizará una vez que sea generada dicha oportunidad. Dada la especial idoneidad y esencialidad del medio proporcionado, a la luz del CPE, el comportamiento de *A* podría considerarse un supuesto de cooperación necesaria.

Los aportes pre-ejecutivos también pueden revestir los caracteres de una orden que decide y, en algunos casos, configura la realización del hecho. Al respecto, lo primero que cabría analizar es si acaso quien o quienes intervienen en fase ejecutiva padecen algún déficit de competencia, y, de ser así, si este déficit resulta imputable a otro u otros. En ese caso, el

⁹⁰⁸ Con leves modificaciones, el ejemplo es tomado de LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), p. 510, quien lo utiliza para criticar que la solución a la que conduciría el dominio funcional del hecho: castigar solo a *C* como autor, mientras que *A* y *B* serían partícipes.

⁹⁰⁹ Como sostuviera BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 345 y 397, es correcto afirmar que las acciones preparatorias quedan impunes, pero solo cuando a ellas no les ha seguido la ejecución. Pues, de ser este último el caso, entonces el castigo de una acción ejecutiva comprende al hecho en su totalidad; es decir, la preparación, vinculada en unidad de acción a la ejecución, es co-penada junto con esta última. A pesar de que Beling se está refiriendo a los actos preparatorios propios, ello en nada altera el fondo del argumento sugerido, *siempre y cuando* sea reconocible la respectiva una unidad de acción entre el comportamiento de dos o más sujetos. Por supuesto, dicha relación no se configura en los casos de participación, en donde los hechos se relacionan no unitaria, sino accesoriamente.

terreno ha de quedar reservado a la autoría mediata. De lo contrario, y dependiendo de la clase de vínculo que se deje establecer entre la acción ejecutiva y los aportes previos, por de pronto, es factible el reconocimiento tanto de una modalidad accesoria de intervención delictiva, como también de una eventual coautoría, como expresión de un genuino caso de “autor detrás de un autor”. Por presentarse como una alternativa que rivaliza frontalmente con la aplicación de la autoría mediata en el marco de “aparatos organizados de poder”, como también en el ámbito empresarial —cuya principal y clásica falencia ha sido la plena responsabilidad del subordinado—⁹¹⁰, la posibilidad de una coautoría vertical desde hace tiempo viene siendo objeto de encendida discusión.

A pesar de contar con cierto respaldo, mayor en la dogmática alemana⁹¹¹, que en la española⁹¹², la posibilidad de una coautoría vertical, sin embargo, suele ser rechazada principalmente sobre la base de tres críticas: por faltar una decisión conjunta al hecho, por la imposibilidad de una realización conjunta del mismo y, por último, debido a una incompatibilidad con la estructura horizontal, supuestamente, inherente a la coautoría⁹¹³. Cada una de tales objeciones pueden ser replicadas. En primer lugar, para la configuración de una potencial coautoría no es necesario que la decisión de ejecutar el hecho sea adoptada conjuntamente por quienes lo llevan a cabo. Como fuese ya señalado, es perfectamente factible que uno de los sujetos se adhiera a la decisión adoptada por otro, o incluso que ello venga decidido por un tercero, pues la articulación del nexo intersubjetivo entre dos o más potenciales coautores solo requiere que exista una convergencia cognitiva e intencional entre ellos, no una convención. En lo que concierne a la presunta imposibilidad de realización conjunta del hecho vienen en consideración disquisiciones preliminares en torno a la factibilidad de una interpretación unificadora de los aportes prestados en forma previa y durante la fase ejecutiva, en la medida en que estos últimos sean representativos de los primeros. En el siguiente apartado se sugiere una posible vía de fundamentación de esta relación en el marco de estructuras complejas. Por ahora, basta con notar que lo esencial es que se conserve una interdependencia

⁹¹⁰ Sobre las dificultades que enfrenta la tesis de la autoría mediata por “dominio de la organización” como forma de fundamentar la responsabilidad del superior por los hechos ejecutados responsablemente por sus subordinados, véase el detenido análisis de PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, pp. 245-257.

⁹¹¹ Por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 62 II 8; LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), pp. 508 y ss.; OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/61. Por su lado, SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/152 y 209, descartan la solución de la coautoría para casos de “aparatos organizados de poder”, pero la consideran factible en el Derecho penal económico, en donde la doble colaboración de un garante (como interviniente por omisión y a la vez como partícipe activo) podría fundamentar, en su suma, una responsabilidad a título de coautoría.

⁹¹² BOLEA BARDON, «Poder de mando y autor tras el autor», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (coords.), *LH-Schünemann*, t. I, 2014, pp. 172 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, pp. 222 y s.; ROBLES PLANAS, *La participación*, p. 271.

⁹¹³ ROXIN, *PG*, t. II, § 25/121 y ss.; SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/142. Desde otra perspectiva, crítico también con la solución de coautoría, especialmente con las versiones del “dominio social o normativo”, que no conseguirían explicar la realización conjunta del hecho, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, pp. 260 y ss.

recíproca entre todos los aportes. Esto contribuye a neutralizar la tercera crítica enunciada, pues, si en algún sentido una relación de coautoría necesitaría expresar cierta horizontalidad, este rasgo tendría que entenderse no por referencia a la posición que ocupan los sujetos —sobre la base de que ya son autorresponsables—, sino a la equivalencia de sus prestaciones. Pues, al margen de que la interacción al interior de ciertas estructuras complejas —como las empresariales— no se reduce únicamente a relaciones jerárquicas, sino que también puede incluir relaciones heterárquicas —diferenciables de las primeras, por la presencia de una dinámica de mayor autonomía entre los miembros de la organización—⁹¹⁴, es igualmente crucial advertir que el ejercicio de autoridad no tiene por qué excluir *a priori* la posibilidad de una relación de agencia compartida, como enseguida intentará mostrarse.

2.3.2. Notas sobre las dimensiones de la noción de autoridad en el razonamiento práctico. A la vez, factibilidad de la llamada “coautoría vertical”

La significación jurídico-penal que, en el marco de la intervención delictiva, pueden revestir las contribuciones prestadas mediante directivas es muy variable. En el lenguaje ordinario, entre las manifestaciones de tales actos de habla se encuentran las peticiones, preguntas, consejos, advertencias, así como las amenazas y desafíos, y especialmente los órdenes, mandatos e instrucciones, cuyo denominador común entre todas —como registra Searle— es exhibir una “dirección de ajuste de mundo-a-palabra”: su objetivo es que el destinatario realice algo de manera tal que el mundo llegue a coincidir con el contenido proposicional de dicha directiva⁹¹⁵. Qué clase de base para la imputación de la potencial o efectiva realización del respectivo tipo de delito podría constituir la impartición a otros de la orden o instrucción de ejecutar ese comportamiento es algo que, como se verá, no queda determinado por el solo uso prescriptivo del lenguaje, ni por el objeto ilocucionario del acto respectivo. También son factores decisivos el nivel de intensidad del mensaje directivo, su fuerza ilocucionaria —en la que, a su vez, es determinante la posición que ocupa quien dirige la orden— y si ello afecta (o no) la autonomía de el o los que la reciben.

Como se anticipó, si la directiva viene acompañada de la amenaza de un mal para el destinatario, desde luego, su condición de coaccionado impedirá que surja un vínculo de agencia compartida con quien imparte semejante orden. Por esto, el debate acerca de un auténtico “autor detrás del autor” solo adquiere sentido si se discurre sobre la base de que los miembros ejecutores en las organizaciones criminales actúan libre y voluntariamente, y no así cuando carecen de la posibilidad real y seria de negarse a cumplir el encargo que

⁹¹⁴ Cfr. LAMPE, *ZStW*, 119 (2007), pp. 497 y 508.

⁹¹⁵ SEARLE, «A taxonomy of illocutionary acts», en GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, 1975, pp. 354 y ss.

se les asigna⁹¹⁶. Y lo mismo tratándose de estructuras empresariales complejas, en las que en algunas ocasiones los subordinados no podrán, sin perjudicar sus propios intereses, oponerse a cumplir las órdenes que se les imparten, y en muchas otras —especialmente en casos de una larga cadena de división del trabajo— directamente desconocerán el alcance de su contribución, por no tener a su disposición una visión global del hecho, o porque ya lo han interiorizado de modo tal que actúan “en modo automático”⁹¹⁷.

Sin embargo, desde ya, es crucial advertir que en los casos anteriores no es la presencia de una autoridad la que, por sí misma, excluirá una posible instancia de acción conjunta, sino el fundamento en que descansa dicha autoridad y la forma en que se ejerce. En efecto, quien es caracterizado como autor mediato ejerce *de facto* una autoridad sobre otro sujeto por la vía de subordinar su voluntad, previo a doblegarla. Pero la noción de autoridad puede exhibir otras dimensiones en el razonamiento práctico⁹¹⁸. Así, aunque el “líder”, “director” u “organizador” al interior de un grupo imparte órdenes a sus miembros, pudiendo incluso configurar detalladamente un patrón de agencia que estos últimos tendrán “nada más que” ejecutar, el origen de dicha autoridad descansa en un principio de economía práctica, según el cual un esquema de acciones cooperativas puede ser coordinado —y a veces será necesario que así se proceda— por un sujeto distinto de los que lo ejecutan. Esto es lo que se conoce como noción de “autoridad servicio”, ya que las directivas impartidas a otros encuentran su fundamento en un “principio de necesidad”, que mira al éxito de la obra global, y que reza como sigue: en aras de asegurar la realización de una acción conjunta, y versus la incertidumbre inherentemente asociada a una ejecución espontánea, una configuración heterónoma del comportamiento de algunos miembros operativos eventualmente podría revelarse como necesaria⁹¹⁹. Que ello, a su vez, no sea una instancia de autoría mediata puede explicarse por vía de una adaptación de la llamada “paradoja de la autoridad”, a saber: la posibilidad de obrar determinado por razones que suministra otro y, sin embargo, seguir actuando autónomamente por mor del reconocimiento incuestionado, pero voluntario, de dicha autoridad.

Pues bien, precisamente porque ciertas directivas pueden exhibir la capacidad de configurar el patrón de agencia de otros, no es en absoluto extraño a nuestras prácticas cotidianas que, en ciertos contextos, la directiva y el acto que le da cumplimiento sean

⁹¹⁶ Por ejemplo, si el incumplimiento de la orden emanada del jefe de la banda significa asumir la propia muerte o la de un familiar.

⁹¹⁷ Sobre las posibles estructuras de intervención delictiva en escenarios complejos en el ámbito empresarial se volverá más adelante. Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. II.2.

⁹¹⁸ Para esto y lo que sigue, TUOMELA, *Social Ontology*, pp. 115 y ss.; MCMAHON, «Shared Agency and Rational Cooperation», *Noûs*, 39 (2005), pp. 288 y ss.

⁹¹⁹ Fundamental, RAZ, «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», *Minnesota Law Review*, 90 (2006), pp. 1012 y ss., especialmente p. 1018.

interpretados unitariamente como una obra conjunta⁹²⁰. Pero para que ello adquiriera la significación jurídico-penal de una relación de coautoría, y no meramente la de una inducción, es necesario que el comportamiento del superior vaya más allá del hecho de dirigir un mensaje prescriptivo al subordinado⁹²¹. Siguiendo a Ludwig, esto puede ocurrir cuando, junto con —o incluso por medio de— esa directiva, se constituye o confirma una “función de estatus”, y es en ejercicio de esta que se realizan los actos que cuentan como inicio de la ejecución del respectivo tipo delictivo⁹²². En tales casos, el carácter complejo de la acción (en tal medida, conjunta) descansa en que ella no podría haber tenido lugar si es que en un escenario previo los coagentes no ejecutores no hubiesen revestido a los coagentes ejecutores del estatus respectivo que, en términos *prácticos*⁹²³, coloca a estos últimos en posición de realizar tales actividades⁹²⁴. Aquí la fungibilidad y estatus del ejecutor no habla acerca de su condición de irresponsable⁹²⁵, sino que más bien indica el grado de incidencia que el no ejecutor ha podido tener en ese hecho. Esto permite explicar por qué contradiría nuestras intuiciones atribuir los daños derivados de la descarga de contaminantes en un río solamente al operario que maniobra el camión⁹²⁶. Pues, aun cuando a este último fuese imputable dolo, su comportamiento no sería verídicamente

⁹²⁰ Por ejemplo, las instrucciones impartidas por el arquitecto a los operarios que levantan materialmente la construcción, o el director de orquesta que coordina la ejecución de una pieza a cargo de otros músicos.

⁹²¹ Ello en aras de prevenir la crítica de que la instrucción de ejecutar un hecho no es parte integrante de él.

⁹²² Cfr. LUDWIG, *From Plural to Institutional Agency. Collective Action*, vol. II, 2017, pp. 186 y ss., quien de la mano de la categoría de “función de estatus” analiza una modalidad de agencia por representación (*proxy agency*), como una forma especial de *división del trabajo* que tiene lugar generalmente en el marco de acciones institucionales o de grupos a larga escala. En su versión paradigmática, el portavoz —figura que perfectamente podría encarnar al subordinado en una estructura empresarial—, en contra de lo aparente, no realiza toda la acción (de ahí que no se trate de una instancia de agencia mediada), sino la parte final del proceso, a la que tiene acceso en virtud del desempeño de una función de estatus constituida por el superior. Puesto ahora en palabras del propio Ludwig: “[l]as contribuciones de los otros miembros del grupo están oscurecidas, en parte, porque ellos contribuyen de muy diferentes maneras a la acción grupal de la cual las acciones del representante (*proxy agent's actions*) son la culminación (...), haciendo algo que es parcialmente constitutiva de ella, lo cual implica, *inter alia*, otorgar cierta autoridad al agente o grupo representante” (*ibidem*, p. 189).

⁹²³ Esto significa favorecer una noción de estatus no formal, sino vinculada a la función que desempeña el sujeto en ejercicio de dicho estatus, ateniendo a cómo ello incide materialmente en la realización del tipo. Sobre la distinción entre función y estatus, véase GÓMEZ MARTÍN, «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», *RECPC*, 14 (2012), p. 20, en el contexto del análisis de una diferencia trabajada anteriormente en la dogmática española también por Gracia Martín.

⁹²⁴ A pesar de que por esta vía no se está sugiriendo que se trate de delitos especiales (pues entonces sería necesario que ya la *clase* de acción descrita en el tipo presupusiera, en todo caso, que el sujeto activo disponga de ciertas capacidades), en la dogmática de aquellos delitos se ha desarrollado un argumento estructuralmente similar, como criterio adicional para su identificación. Como fuese enunciado en la *Primera parte* de este trabajo, la idea puede sintetizarse como sigue: el círculo de autores no solo podría restringirse exigiendo determinadas cualidades objetivas en ellos, sino también mediante la definición de una clase de acción difícilmente realizable si el sujeto activo no contase con ciertas capacidades físicas, técnicas o económicas. Al respecto, en detalle, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 27 y ss.

⁹²⁵ Salvo que sea precisamente en razón de esa fungibilidad que el subordinado llegue a padecer alguna causa de inculpabilidad, como señala CORCOY BIDASOLO, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, 2020, p. 97.

⁹²⁶ Respecto de quien, dicho sea de paso, no por su condición de subordinado, ni por carecer de competencia en la decisión cuya ejecución está a su cargo, deja de regir la respectiva norma de prohibición.

comprensible en forma aislada, así como, por otra parte, ese hecho tampoco podría explicarse autosuficientemente solo por referencia a la competencia del que ordena la ejecución de esa función, mediada por el estatus que él mismo ha constituido⁹²⁷.

En cambio, la situación del inductor es distinta. Aunque su comportamiento debe tener eficacia motivacional y, por ende, figurar en el razonamiento práctico del inducido —con lo cual, en principio, podría decirse que sin la intervención del inductor el hecho *no habría* tenido lugar—, la acción principal no se presenta como una obra conjunta, ya que no se advierte una relación funcional de complemento entre ellas. Para confirmar lo anterior, basta considerar que, frente a la asunción por parte del inducido de la razón para la acción

⁹²⁷ Que tales casos reúnan los presupuestos necesarios para la coautoría permite que ese quebrantamiento conjunto de una norma de comportamiento sea imputable a dos o más sujetos, pero no necesariamente que todos *tengan que ser castigados* como coautores. A esta última parte de la conclusión —es decir, a la exclusión del castigo del subordinado—, como a negar la condición de partícipe de quien emite la orden, desde distintas posiciones, arriban algunas soluciones propuestas en la dogmática española, coincidentes en el hecho de que, en casos de este tipo, solo el superior jerárquico podría ser autor, en la medida en que el inferior carecería de toda competencia o de decisión respecto de ese hecho, o en que su comportamiento no sería susceptible de caracterizar como antinormativo. Al respecto, una de las vías paradigmáticas ha sido recurrir a la autoría mediata. En esta línea, por ejemplo, recientemente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, pp. 200 y ss., sugiere que los empleados subalternos que actúan de modo plenamente neutral revisten la condición de instrumentos, por lo que puede considerarse autor mediato a quien adopta la decisión delictiva. Sin embargo, el problema que enfrenta en estos casos la solución de la autoría mediata, en sus distintas versiones, sigue descansando en su incompatibilidad con el carácter plenamente responsable del “instrumento”. Más allá del carácter estrictamente contingente del desconocimiento por parte del subordinado acerca de la relevancia típica de su comportamiento, asociar a este último la condición de neutral parece inconciliable con la circunstancia de que es ese mismo comportamiento el que se imputaría al “sujeto de atrás”, como hecho jurídico-penalmente relevante. La observación anterior se hace parcialmente extensiva a la propuesta de ROBLES PLANAS, *InDret*, 2 (2012), p. 6, según la cual debe admitirse una “autoría no ejecutiva en los casos de ausencia de desaprobación en la conducta fácticamente ejecutiva y, en cambio, se pueda afirmar que el no ejecutor ha generado de forma desaprobada el riesgo de producción del resultado”. Una dificultad adicional radica en que, al considerarse autor (individual) únicamente al superior, se está recurriendo a la *estructura* de la autoría mediata —esto es, trasladar la relación agencial de ese hecho, desde el subordinado ejecutante de la orden al superior no ejecutante que la emite—, aun cuando el subordinado no padece déficit alguno de responsabilidad. A las anteriores también debe agregarse la alternativa de recurrir a la “comisión por omisión” para fundamentar por esta vía la responsabilidad a título de autor de quien tiene competencia o dominio sobre una determinada actividad. Al respecto, véase, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal*, pp. 266 y ss. No obstante, la tesis de la comisión por omisión plantea el problema de que, aun cuando se tuvieran por satisfechos todos sus requisitos, la *sola* posición de garante del superior no fundamenta, por sí misma, su condición de autor (ni excluye la de partícipe), ni tampoco permite explicar por qué tendría que excluirse *por esa razón* la responsabilidad del subordinado, dado que, en cualquier caso, si el garante fuese autor de un delito impropio de omisión respondería por su propio hecho, consistente en no impedir (a pesar de haber ordenado) la realización del hecho comisivo (y, por ende, distinto) de otro que se encuentra a su cargo. Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, y de que, como se señaló, no existen inconvenientes para excluir de antemano la solución de la coautoría —que no comprometería la autorresponsabilidad del subordinado ni tampoco la antinormatividad del comportamiento que ejecuta—, con ello no se ha decidido necesariamente sobre la aplicación de la respectiva norma de sanción, en la que, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, podrían hacerse eco las consideraciones que a nivel general intentan captar soluciones como las arriba reseñadas. En efecto, nada impide que esa “falta de competencia” —que denuncia ya una razonable falta de responsabilidad— por parte de quien, sin padecer ningún déficit, ejecuta una orden antijurídica, en realidad, sea indiciaria de razones —probablemente apoyadas en nuestras intuiciones y prácticas cotidianas— que pudieran llegar a hablar, en ciertos casos, en contra de la necesidad y del merecimiento de pena de *ese* coautor.

que mediante el respectivo acto directivo suministra el inductor, la situación en que se halla este último es meramente la de una expectativa derivada de la inseguridad de que el primero —quien todavía debe someterla a deliberación—, en efecto, llegue a adoptarla. Al margen del carácter institucional que eventualmente pudiera revestir, quien, en una instancia de acción *conjunta*, ejerce autoridad sobre otro, este coautor no ejecutivo se encuentra en una posición tal que *podría* “contar con” el cumplimiento de lo prescrito por parte de los miembros operativos⁹²⁸, pues para estos últimos dicha razón para la acción tiene el carácter de excluyente⁹²⁹: bajo la suposición de que los ejecutores están comprometidos a cumplir con su parte de una acción conjunta, a pesar de que podrían —pues no padecen de un déficit motivacional—, no necesitan someterla a deliberación.

V. Recapitulación

Una aproximación al concepto y a las principales características de la noción de acción conjunta desde la filosofía de la acción ofrece herramientas metodológicas con alta capacidad de rendimiento de cara a la comprensión de la coautoría, como instituto jurídico-penal. En especial, permite comprender por qué la coautoría no puede reducirse a la mera suma de autorías individuales, y por qué, en consecuencia, los presupuestos de la primera exhiben un carácter genuinamente constitutivos. En contraste con esto, las principales teorías sobre el fundamento dogmático y los elementos de la coautoría tienen una vocación eminentemente individualizadora, que, de manera paradójica, acaban comprometiendo el principio de autorresponsabilidad. Pues una comprensión reductivista de la imputación a título de coautoría no permite dar cuenta apropiadamente del objeto sobre el cual recae la responsabilidad jurídico-penal del coautor, esto es, un comportamiento conjunto.

Las dificultades que asocia el procedimiento de aislar el comportamiento de cada coautor se ven nítidamente representadas en el principio de imputación recíproca. Sin ulteriores precisiones, este principio supone multiplicar los respectivos objetos de imputación por tantos coautores intervengan, y, a la vez, atribuir *como si* ciertos comportamientos ajenos fuesen propios. La alternativa que aquí se ha defendido, en cambio, descansa en el intento de identificar criterios que permitan interpretar unificadamente el comportamiento de dos o más sujetos, de tal manera que lo realizado por estos aparezca como *una* acción conjunta. De ser correcto este procedimiento, el saldo sería una compatibilidad entre el principio de autorresponsabilidad, fundado en la base que cada coautor aporta para que el hecho le sea imputado a título propio, y el objeto (compartido) sobre el cual recae su

⁹²⁸ No es determinante, por lo tanto, la efectiva disposición anímica del superior, sino la posición desde la cual emite esa orden, que es lo que le permite asegurar su ejecución.

⁹²⁹ Acerca del carácter excluyente de estas razones, véase RAZ, *Minnesota Law Review*, 90 (2006), p. 1019.

responsabilidad (individual). Por esto, los presupuestos que permiten articular la responsabilidad jurídico-penal del coautor, tradicionalmente escindidos en un elemento objetivo y otro subjetivo, en realidad, representan niveles de análisis de una exigencia unitaria, a saber: que el comportamiento de dos o más sujetos sea interpretado como la aplicación de un patrón de agencia compartida.

CAPÍTULO SEXTO. COAUTORÍA E INJUSTO IMPRUDENTE: ASPECTOS GENERALES

I. Introducción. Algunas constelaciones como guía de trabajo

A juzgar por el panorama actual de la discusión, sigue siendo profundamente conflictiva la idea de una estructura que, por el momento, continuará designándose en este capítulo como “coautoría imprudente”⁹³⁰. Como fuese analizado anteriormente a propósito de la relación entre intervención delictiva e imprudencia, ya la ausencia de un reconocimiento legal explícito, a causa del régimen cerrado que suele gobernar la incriminación de hechos a título imprudente, suscita dudas con respecto a la legitimidad de esta estructura de imputación. A lo anterior, deben sumarse las dificultades que representa la posibilidad de aplicar al injusto imprudente los elementos constitutivos de la coautoría, tradicionalmente concebidos y desarrollados casi de forma exclusiva para el injusto doloso.

Sin embargo, nada de lo anterior ha impedido que, principalmente durante las dos últimas décadas, en un volumen y profundidad notoriamente exponenciales, vengan sucediéndose propuestas constructivas especialmente de cara a la aplicación de la coautoría imprudente a determinados grupos de casos. Sobre los denominadores comunes entre tales propuestas y sus particularidades se volverá al finalizar este capítulo.

En fin, tal como se ha anticipado, gran parte del instrumental teórico relativo a la coautoría imprudente del que se dispone hoy en día ha sido desarrollado como alternativas de solución para ciertos casos, ahora paradigmáticos, de esta figura. A modo de guía de trabajo, en función de la discusión teórica generada en torno suyo, y sin perjuicio de otros supuestos que sucesivamente cabrá añadir para el tratamiento de otros argumentos, por de pronto, considérense los siguientes ejemplos:

*Caso de las rocas rodantes (Rolling Stones-Fall)*⁹³¹. Desde la cima de un monte, *A* y *B* se divierten empujando pendiente abajo cada uno una roca. Para cerciorarse que nadie resulte herido, y sabiendo que al final de la ladera hay un río en el que suelen trabajar pescadores, *B* se asoma y pregunta en voz alta si alguien se encuentra abajo. Acto seguido, *B* hace rodar una roca de aproximadamente 100 kgs., mientras *A* hace lo mismo, con una de aproximadamente 52 kgs. El impacto de una de las rocas causa la muerte de *C*, un pescador que no oye el grito de *B*. No consigue comprobarse el impacto de cuál de ambas rocas causó su muerte.

⁹³⁰ Para un análisis más detenido de algunas de las alternativas conceptuales al respecto, cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. I.

⁹³¹ Sentencia del 15 de mayo de 1987 del Tribunal Federal Suizo (BGE 113 IV, 58 ss.).

*Caso de la viga (Balkenwurf-Fall)*⁹³². Desde la azotea de un edificio, para ahorrarse trabajo, y sin tomar las precauciones necesarias, los trabajadores A y B arrojan una pesada viga a la acera. El transeúnte C muere a causa del impacto de la viga.

*Caso de las cerillas (Streichholz-Fall)*⁹³³. Con el propósito de perpetrar un robo, A y B ingresan a una fábrica. Para evitar ser sorprendidos, en lugar de accionar el interruptor de la luz, encienden cerillas para poder orientarse en el interior, y las arrojan al suelo mientras aún están encendidas. Una de las cerillas entra en contacto con un tubo de tela, provocando un incendio que se propaga por todo el edificio. No puede determinarse quién encendió la cerilla en cuestión.

*Caso de las velas (Kerzen-Fall)*⁹³⁴. Después de recorrer distintos bares, en horas de la madrugada, dos jóvenes ingresan en una casa deshabitada para continuar en ella su celebración nocturna. Con el propósito de no ser sorprendidos, encienden una o más velas para iluminar el salón. Durante cerca de diez o quince minutos, los sujetos abandonan el salón para merodear la planta superior de la casa. Al regresar al salón, se percatan que la alfombra del piso arde en llamas, originándose así un incendio. No logra determinarse si fueron encendidas una o varias velas, ni cuál de los dos sujetos lo hizo.

*La carrera de motos (Wettfahrt-Fall)*⁹³⁵. Los motociclistas A y B de manera espontánea se retan a participar en una carrera. Ambos sobrepasan la velocidad permitida, pero uno de ellos, al enfrentarse a una curva pronunciada, atropella a un niño y causa su muerte, sin que pueda determinarse cuál de los dos motociclistas fue.

*Caso de los petardos*⁹³⁶. Para asustar a los transeúntes, cinco jóvenes dejan cartuchos de petardos en la acera, ignorando que, al pisarlos, alguien podría resultar herido. Un transeúnte resulta lesionado al pisar uno de los cartuchos, sin que logre establecerse cuál de los cuál de los cinco jóvenes posó sobre la acera el cartucho que provocó el accidente.

*Caso de los ciclistas (Radfahrer-Fall)*⁹³⁷. Mientras transitan por un camino rural oscuro, los hermanos A y B llevan apagadas las luces de sus bicicletas. En una bifurcación, se desestabiliza la bicicleta de B, quien, a causa del viento y de la lluvia, conduce con la

⁹³² Sobre este clásico ejemplo de manual, VON LISZT, *Tratado*, 20ª ed., t. III, p. 85; EXNER, *FG-Frank*, p. 572; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, p. 335. Con múltiples referencias a la doctrina más antigua sobre este caso, véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 171, nota 47.

⁹³³ Sentencia del OLG Schleswig de 27 de abril de 1981 – 1 Ss 756/80 (en *NStZ*, 1982, 116).

⁹³⁴ Sentencia del BayObLG de 27 de abril de 1990 – RReg. 2 St 392/89 (en *NJW*, 1990, 3032).

⁹³⁵ Cfr. GÜNTHER, *JuS* (1988), pp. 386 y ss. El ejemplo que aquí se trata como *La carrera de motos* no ha de ser confundido con un caso clásico de la jurisprudencia alemana (BGHSt 7, 112), también relativo a una competición de motociclistas, pero de la que, sin embargo, resultó muerto no un tercero, sino uno de los participantes, de manera que el argumento allí tematizado es el de la “participación en una autopuesta en peligro”. Sobre este último caso, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., pp. 34 y 213, nota 487.

⁹³⁶ Para este caso de estudio, véase HANRATH, *Mittäterschaft und Teilhahme*, p. 21; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., pp. 533 y s.

⁹³⁷ Sentencia del RG de 20 de enero de 1930 (RGSt. 63, pp. 392-394).

cabeza hacia abajo, no advirtiendo la presencia de *C*, un ciclista que se dirige en sentido opuesto, y con el cual choca. A raíz de la colisión *C* muere. Si *A* hubiese llevado encendida las luces de su bicicleta, *B* y *C* podrían haber estado en condiciones de evitar la colisión.

*Caso del espray para cuero (Lederspray-Fall)*⁹³⁸. Una empresa alemana introdujo en el mercado un aerosol para cueros que resultó ser lesivo para la salud de los consumidores, quienes luego de un tiempo, en la primavera de 1980, empezaron a evidenciar dificultades en su sistema respiratorio y, en los casos más graves, edemas pulmonares. Luego de recibir noticias al respecto, los miembros del consejo de administración acordaron, por unanimidad, no retirar el producto del mercado, ni tampoco avisar a los distribuidores.

II. Análisis crítico sobre la presunta ilegitimidad e inviabilidad teórica de una coautoría en el injusto imprudente

Desde luego, en contra de una potencial coautoría en el injusto imprudente se esgrimen en primera línea la batería de razones en las que descansaría la vigencia de una concepción unificadora de intervención en este ámbito. Puesto que ellas han sido sometidas a consideración crítica anteriormente⁹³⁹, corresponde ahora cifrar la atención en el conjunto de objeciones específicamente dirigidas contra su legitimidad y viabilidad teórica. A tenor de tales críticas, que son varias y de diverso cariz, la coautoría y la imprudencia aparecerían como estructuras incompatibles. Pues, al margen de los problemas que ya *de lege lata* obstarían a la posibilidad de una coautoría imprudente, desde el concepto mismo de coautoría, su fundamento y elementos constitutivos, así como desde la estructura interna de la imprudencia, se han enarbolado una serie de argumentos que —como sintetiza Cornacchia— las presentarían como dos categorías “recíprocamente impermeables”⁹⁴⁰. A continuación, un análisis crítico centrado en el núcleo de tales objeciones. Para ello, el examen se iniciará a partir de la presunta *imposibilidad jurídica* que afectaría a la coautoría en hechos imprudentes, no solo porque la efectiva existencia de impedimentos *de lege lata* tornaría este ejercicio en uno puramente especulativo, acerca de un mundo teóricamente posible, pero jurídicamente imposible, sino también porque el hecho de comprometerse inmediatamente en favor de la plausibilidad teórica de una figura puede generar un sesgo de confirmación. Formulado en breve: suponer que, por el hecho de que *puede* e incluso *conviene* que *x* sea el caso, asumir desde ya que *x* efectivamente *es* el caso. Esto último adquiere relevancia en vista de las no pocas veces en que, en favor de una coautoría imprudente, se esgrime como argumento que la autoría paralela u otros mecanismos no permitirían resolver cierto grupo de casos y de que, en cambio, la coautoría permitiría paliar tales “lagunas”. Pues, por intensas que sean la

⁹³⁸ Sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 – 2 StR 549/89.

⁹³⁹ Para tales argumentos y sus respectivas réplicas véase *supra* Cap. Cuarto, apdos. I.2. y I.3.

⁹⁴⁰ CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, p. 194.

necesidad y el merecimiento de pena en tales supuestos, estos factores no legitimarían la aplicación de una estructura de imputación incompatible con la letra de la ley, o con otras instituciones legalmente previstas. Por todo esto, una vez abordados los reparos de legalidad, y otros de corte político-criminal, continuará el análisis con las objeciones que se centran en una presunta *imposibilidad teórica*.

1. La supuesta infracción del principio de legalidad y el recurso a un razonamiento analógico *in malam partem*

Aunque por su propia naturaleza, esta clase de objeciones necesitan estar espacio-temporalmente referidas a un ordenamiento jurídico-penal en concreto, puede formularse y problematizarse en términos amplios, tratándose de sistemas que, por un lado, acogen un modelo diferenciador de intervención delictiva y, a la vez, un *numerus clausus* en la punición de la imprudencia.

Pues bien, en términos básicos, el primer obstáculo vendría dado por la ausencia de preceptos explícitamente referidos a una “coautoría imprudente”, a una “coautoría en el delito imprudente” o a cualquier otra fórmula análoga que expresamente hubiese denotado la posibilidad de aplicar coordinadamente ambas estructuras de imputación. En particular, la objeción puede cobrar forma por la vía de una presunta infracción del *nullum crimen sine lege* en conexión con el régimen de *numerus clausus* al que se somete el castigo de hechos imprudentes —En España, por ejemplo, en el artículo 12 CPE; en Chile, en el artículo 10 N° 13 del CPCh, y en Alemania, en el § 15 del StGB—, en tanto en cuanto los tipos de la Parte especial que prevén una imputación a título de imprudencia, por sí mismos, no toleran la posibilidad de una imputación a título de coautoría, en circunstancias de que la regulación de esta última —artículo 28 del CPE; artículo 15, N° 1 y 3 del CPCh; y § 25 II del StGB— tampoco hace alusión alguna a hechos imprudentes. Desde tales coordenadas, a falta de una disposición expresa, la expresión “hecho” —como la empleada por los artículos 28 del CPE y 15 del CPCh, respectivamente, o “hecho punible”, como la utilizada en el § 25 StGB— habría de ser entendida como “hecho doloso”. En fin, ante un escenario como el descrito, el recurso a una coautoría imprudente entraría irremediabilmente en contradicción con la prohibición de analogía *in malam partem*, ya que supondría la aplicación de una estructura de imputación concebida únicamente para hechos dolosos⁹⁴¹.

⁹⁴¹ En la discusión alemana, reclaman una infracción del § 103 StGB, por ejemplo, BOTTKE, «Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung», *GA* (2001), p. 475; similar WALDER, «Bewusste Beteiligung, ungewollte Folgen», en SEEBODE (ed.), *FS-Spendel*, 1992, p. 366. Sin embargo, precisamente el hecho de que el StGB exija dolo en las formas de participación ha determinado que un sector en la doctrina alemana considere que no hay obstáculo alguno en que el § 25 II se aplique también a hechos imprudentes. En este último sentido, véase BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, pp. 173 y s.

Pues bien, como fuese ya registrado, el argumento de la clausura del régimen punitivo de la imprudencia solo podría reclamar pertinencia bajo la premisa de que las modalidades de intervención delictiva, en efecto, se subsumen dentro del catálogo de “hechos” a los que cabría imputar como imprudentes, y cuya sanción, bajo dicho sistema incriminatorio, está subordinada a la exigencia de previsión expresa. Pero esto no es el caso. Como ya fuese advertido a nivel general⁹⁴², las acciones u omisiones —utilizando, por ejemplo, la terminología del artículo 12 del CPE— susceptibles de imputar subjetivamente son *comportamientos prohibidos* que se tornan reconocibles a partir de una formulación contradictoria del supuesto de hecho de alguna norma de sanción prevista en la Parte especial; por el contrario, las disposiciones referidas a las modalidades de intervención delictiva no tienen por función complementar la prescripción de tales hechos (contingentemente imputables a imprudencia), sino más bien servir como criterios para *adscribir* su realización a título propio o ajeno. Por tanto, que una disposición que fija las clases de autoría no especifique formas de imputación subjetiva es perfectamente comprensible, ya que lo doloso o imprudente no es un atributo predicable de la modalidad de intervención delictiva, sino de la concreta instancia de comportamiento que ejemplifica la clase de acción cuya ejecución está prohibida o requerida en un tipo de la Parte especial.

Con base en lo anterior se deja adivinar por qué no existe incompatibilidad alguna entre la función potencialmente constitutiva que desempeña el reconocimiento de la coautoría y el régimen cerrado que gobierna la incriminación de la imprudencia: las extensiones de punibilidad operan en planos distintos⁹⁴³. Pues la posibilidad que abre la coautoría, merced su carácter constitutivo, no es la de una “extensión de la tipicidad” —que necesita dar por presupuesta—, sino la de una imputación a título propio respecto de hechos que, de haber sido realizados de manera individual, generalmente (aunque de modo puramente

De esta opinión también BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 277, aunque este autor se opone a la posibilidad de una coautoría imprudente por razones que serán examinadas más adelante. Cfr. KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 177 y s., quien considera que habría sido redundante, tanto una referencia expresa a hechos imprudentes en el § 25 II, como si se hubiese incluido esa posibilidad en una norma distinta.

⁹⁴² Cfr. *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.4.

⁹⁴³ Conviene registrar este extremo, pues una de las razones por las que un sector de la doctrina española admite la coautoría imprudente descansa en el carácter declarativo que se atribuye al artículo 28 CPE, lo que equivale a sostener: si aquí no hay problema alguno de legalidad se debe a que la coautoría y la autoría mediata pueden subsumirse sin más en los tipos de la Parte especial. En este último sentido, por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pp. 106 y ss., quien considera, a su vez, que si se defiende una concepción de la coautoría como extensión de la autoría “se debería ser consciente de la limitación de la punibilidad de la coautoría imprudente *ex artículo 12*” (*ibidem*, p. 109). En contraposición, quien defiende el carácter meramente declarativo de la regulación de la coautoría en la Parte general, y niega así su efecto de “extender la tipicidad” de los tipos de la Parte especial, no puede utilizar el argumento de una falta de previsión expresa de la coautoría imprudente para impugnar su aplicación.

contingente) no alcanzarían a fundamentar una base para semejante imputación⁹⁴⁴. En cambio, lo que posibilitan ciertas normas de sanción en la Parte especial, haciendo referencia expresa a la imprudencia, es la operatividad de un criterio subsidiario de imputación subjetiva que, por defecto, se encuentra excluido. Mas, una vez prevista esta última alternativa, no hay razón alguna para suspender a su respecto la vigencia de modalidades de intervención delictiva cuyo ámbito de aplicación es general⁹⁴⁵.

Por ejemplo, en el contexto del CPE, una imputación de lesiones imprudentes a título de coautoría no infringe el principio de legalidad, ya que tal hecho es excepcionalmente susceptible de ser imputado a imprudencia en virtud del artículo 152, mientras que la coautoría se sustenta en la regla general de imputación prevista en el artículo 28.

De acuerdo con lo anterior, el carácter y función constitutivos de la coautoría resultan independientes del criterio de imputación subjetiva aplicable. Si, por ejemplo, la gravedad de las lesiones padecidas por *C* solo ha podido producirse a partir de la reunión de los comportamientos ejecutados por *A* y *B*, en parangón con una (aquí no configurada) responsabilidad por autoría directa en el hecho así ejemplificado, tanto se amplifica la responsabilidad de *A* y *B* si las lesiones les son imputadas a dolo, como si lo fuesen a título de imprudencia. Lo anterior descansa en el hecho de que el objeto de imputación en ambos casos es exactamente el mismo; la diferencia, más bien, reside en que, con arreglo a un sistema incriminatorio cerrado de la imprudencia, esta forma de imputación subjetiva necesita estar expresamente prevista para ser *castigada*⁹⁴⁶.

No está de más consignar que a la crítica en cuestión da pábulo cierta comprensión conceptualmente deficitaria del vínculo entre coautoría e imputación recíproca. En efecto, desde el instante en que la segunda es presentada como una *consecuencia* de la primera —esto significa decir que la relación de coautoría entre dos o más sujetos “determina” que sus aportes sean recíprocamente imputables—, la tesis se vuelve inmediatamente vulnerable a la objeción de que, así concebida la coautoría, con base en ella se estaría pretendiendo “fundar causalidad”⁹⁴⁷. Pero, desde luego, la coautoría no opera así. Como

⁹⁴⁴ Sobre el sentido bajo el cual aquí se entiende que, no solo la coautoría, sino también las formas de autoría individual tienen un carácter constitutivo, véase *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.2.2. Para la diferencia entre este carácter constitutivo y la función (potencialmente) constitutiva de la punibilidad que puede desempeñar la coautoría, *supra* Cap. Quinto, apdo. III.1.

⁹⁴⁵ En el sentido que aquí se defiende, véase KNAUER, *Kollegialentscheidung*, pp. 190 y s.; RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, pp. 437 y s.; STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, p. 217; WEIßER, «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?» *JZ*, 5 (1998), p. 233.

⁹⁴⁶ Sobre la tesis en virtud de la cual la expresión “hecho”, a propósito de la regla del *numerus clausus*, únicamente se refiere a tipos de la Parte especial, véase *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.4.

⁹⁴⁷ Así, la crítica de GROPP, *GA* (2009), p. 267; se acoge a ella, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 102, quien acusa en dicha operación (la de fundar la causalidad en la coautoría, y no, en cambio, la coautoría en la causalidad) un supuesto “*lapsus* metódico”.

se ha insistido, a la condición de coautores de dos o más sujetos subyace una operación compositiva previa, por medio de la cual sus contribuciones discretas son reunidas en una (única) acción conjunta, que es la que se imputa a cada uno de ellos a título propio; por eso, la condición de coautor se obtiene *después de* componerse y, más precisamente, *en virtud de* la imputación de dicha acción conjunta.

Cabría todavía examinar en qué medida la imputación a título de coautoría de una infracción de deber imprudente representa una analogía *in malam partem* sobre la base no ya del “hecho” que se imputa, sino de que una “realización conjunta” únicamente podría concebirse como tal cuando es susceptible de imputación a dolo, sea porque ello lo presupone el requisito de una resolución conjunta al hecho, sea porque una realización conjunta tendría que abarcar también el resultado. Sobre ambas objeciones se volverá pronto en este mismo apartado.

2. Sobre la presunta extensión desmesurada de la responsabilidad penal

En contra del reconocimiento de modalidades de intervención delictiva en hechos imputables a imprudencia suele acusarse, a nivel general, una extensión desproporcionada de la responsabilidad penal. Nótese que, a diferencia del primer argumento, que descansa en una negación de la posibilidad jurídica de una coautoría imprudente, este segundo argumento, por encontrarse referido a las consecuencias (desproporcionadas) que se seguirían de su admisión, se sitúa ya en un nivel distinto: solo tiene sentido sostener que la coautoría imprudente representa una solución desmesurada, en la medida en que se le asigna el estatus de solución posible.

De todos modos, al igual que la primera crítica, esta segunda también se erige desde una comprensión —aquí considerada incorrecta— según la cual una “coautoría imprudente” vendría a constituir un *criterio* de imputación distinto. Con otras palabras, una figura auténticamente autónoma que emergería como síntesis de ambas reglas de imputación, cuando en realidad de lo que se trata es de su aplicación coordinada, operación que no decanta en nada categorialmente diverso de lo que sería una “coautoría dolosa”. Esto permite comprender que la extensión de la punibilidad de hechos imprudentes que, con arreglo a un sistema de *numerus clausus*, por defecto se encuentra cerrada, es una decisión que opera en forma lógicamente previa e independiente de aquella que instituye criterios para imputar (co)autoría respecto de la realización de un determinado tipo de delito⁹⁴⁸.

⁹⁴⁸ En esa dirección, PFEIFFER, «Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft», *JURA*, 8 (2004), p. 524. Así también KNAUER, *Kollegialentscheidung*, p. 190; WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 233.

Asimismo, el argumento de una extensión desmesurada de la responsabilidad penal suele obtenerse a partir de una generalización de la crítica que suscita la aplicación de la coautoría imprudente a ciertos grupos de casos, en donde, según sus detractores, se infringiría el principio *in dubio pro reo*. En concreto, se trata de hipótesis en las que la identificación de una acción conjunta resulta crucial de cara a la afirmación de una responsabilidad que de otro modo parecería vedada, como paradigmáticamente ocurre en supuestos de “coautoría aditiva”⁹⁴⁹. En estos casos, sin embargo, la denuncia de una infracción del principio *in dubio pro reo* toma como presupuesto válido la necesidad de que siempre ha de acreditarse una relación de causalidad entre el comportamiento de cada uno de los coautores y el respectivo resultado, requisito que, como ya se ha visto a nivel general, es objeto de encendido debate al interior de la dogmática de la coautoría. Como habrá oportunidad de analizar más adelante, existen distintas alternativas teóricas que tornan, cuando menos, plausible la fundamentación de una coautoría imprudente en tales grupos de casos⁹⁵⁰. Por de pronto, a propósito de la crítica consistente en una extensión de la responsabilidad, basta aquí con advertir que exactamente los mismos problemas se suscitan si tales constelaciones de causalidad aditiva son planteadas bajo los términos de una imputación a dolo⁹⁵¹. Con ello, la crítica comentada no tiene propiamente que ver con que se trate de hechos imprudentes, sino más bien con la corrección de la coautoría como posible solución para este grupo de casos.

Por otro lado, y aunque resulte paradójico, los principales riesgos de una extensión desmesurada de la responsabilidad se vinculan precisamente con las consecuencias que

⁹⁴⁹ Por ejemplo, PUPPE, «Wider die fahrlässige Mittäterschaft», *GA* (2004), p. 129, controvierte la posibilidad de castigar a los participantes del *Caso de las rocas rodante* por infringirse el principio *in dubio pro reo*; a la misma conclusión, tratándose del *Caso de las cerillas*, arriba KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 725. En cambio, aun cuando rechaza una posible coautoría imprudente, BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 95, considera que el principio *in dubio pro reo* no debe operar en casos en los que, pese a desconocerse quién ha causado el resultado, sí es seguro que al menos uno de los intervinientes del “colectivo” lo ha producido, siendo irrelevante quién de ellos en concreto.

⁹⁵⁰ Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.2.

⁹⁵¹ De hecho, PUPPE, *ZIS*, 6 (2007), pp. 240 y s., considera que, de modo excepcional, podría renunciarse al requisito de la causalidad individual de las contribuciones, tratándose de casos en los que el autor no puede dominar el hecho de que su contribución sea o no causal. Cita como ejemplos el asesinato de Julio César (de las 23 puñaladas recibidas, se dice que solo una de ellas fue mortal, aunque, bajo las circunstancias dadas, cualquiera de ellas pudo ser mortal), y el de varios sujetos, cada uno de los cuales pone una bomba en el camino para que estas se activen cuando la víctima pasa por él: es autor —dice Puppe— no solo aquel cuya bomba ha sido activada por la víctima al pasar, sino también todos los demás. Véase antes PUPPE, *GA* (2004) p. 131, anticipando que la excepción se aplicaría a los casos en donde no puede fijarse con seguridad en el plan cuál de las varias acciones será causal para la producción del resultado. En esta ocasión, Puppe utiliza el ejemplo de dos sujetos que quieren envenenar a la víctima, para lo cual uno vierte veneno en un vaso de agua, y el otro en una copa de vino, sin que puedan saber de antemano cuál de ambas bebidas elegirá la víctima. En todos estos ejemplos —estructuralmente idénticos al *Caso de las rocas rodantes* y otros de coautoría aditiva en el injusto imprudente—, Puppe llega a la conclusión de que puede afirmarse una coautoría. Como se verá, de ello puede colegirse que las principales aprensiones de Puppe tienen que ver con una falta de resolución conjunta.

suelen seguirse del rechazo de la coautoría en injustos imprudentes⁹⁵². Pues, según fuese anticipado a propósito de la crítica a las concepciones unificadoras en este ámbito, la inadmisibilidad de una coautoría en hechos imprudentes puede conllevar, ora una ampliación del concepto de autoría individual, dando lugar así a constelaciones de autorías paralelas, ora una indebida laxitud en la operación de delimitación entre una imputación a dolo eventual o imprudencia (fenoméricamente consciente), conducente a la afirmación de una coautoría dolosa en circunstancias que podrían resultar dudosas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, que la coautoría sea estimada una solución desmesurada para un grupo de casos no quiere decir que lo sea también para los demás, so riesgo de “tomar la parte por el todo”. Justamente en atención a lo anterior, este argumento necesita complementarse con el carácter presuntamente superfluo que exhibiría la coautoría en otras constelaciones de injusto imprudente. Así discurre la siguiente objeción.

3. ¿Falta de necesidad de una coautoría en el injusto imprudente?

El carácter superfluo que algunos atribuyen al reconocimiento de una coautoría imprudente se sitúa en un nivel de análisis distinto al de su falta de anclaje legal, y al de la presunta extensión de responsabilidad que conllevaría, pues supone poner en diálogo esta estructura de imputación con otras alternativas teóricas que, según sostienen las voces críticas de esta “revolución en la dogmática de la coautoría”⁹⁵³, estarían en mejores condiciones de solucionar ciertas constelaciones problemáticas.

Pues bien, como se recordará, desde cierta comprensión del injusto imprudente, un sector de la doctrina —especialmente en Alemania— juzga innecesario hablar de coautoría imprudente, al regir en este ámbito un sistema unitario de autor. Así, según algunos, todo aquel que infringe un “deber de cuidado” es autor del respectivo delito imprudente; según otros, basta con que se reúnan en un sujeto todos los presupuestos de punibilidad de la imprudencia para que este cuente como autor; en fin, hay quienes consideran que, si puede vincularse el comportamiento objetivamente contrario a cuidado de un sujeto con la producción del resultado, ya con ello se fundamentaría la punibilidad a título de autoría del respectivo delito imprudente⁹⁵⁴. Por supuesto, desde estas coordenadas u otras

⁹⁵² De cara al surgimiento de una responsabilidad penal, como acertadamente advierte RENZIKOWSKI, ZIS, 2 (2021), p. 98, la cooperación en división del trabajo en virtud de un plan común (constitutiva de coautoría), ciertamente, es un presupuesto más estricto que el modelo de la co-causación contraria a cuidado (inspirada en una concepción unitaria). Por supuesto, existe también el extremo contrario, igualmente indeseable desde un plano político-criminal: favorecer la creación de ámbitos organizados de impunidad. En este último sentido, véase ya FEJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 99.

⁹⁵³ PUPPE, GA (2004) p. 129.

⁹⁵⁴ Para una exposición de tales argumentos, véase *supra* Cap. Cuarto, apdo. I.3. En referencia al carácter superfluo de una coautoría imprudente, esto se traduciría en que, si cada sujeto, mediante su

análogas, que hacen de todo interviniente un autor (directo), no solo la coautoría, sino que también la autoría mediata y las modalidades de participación quedan degradadas a la condición de innecesarias. De ello puede desprenderse asimismo que tales tesis no se levantan francamente en oposición a la coautoría imprudente, sino a la aplicación de un modelo diferenciador de intervinientes en injustos imprudentes, de modo que en descargo no cabe más que remitir a lo sostenido con anterioridad sobre este asunto.

En cambio, específicamente contra la necesidad de una coautoría imprudente, hay quienes sostienen que los problemas de causalidad a cuya solución esta estructura de imputación se encontraría (supuestamente) consagrada, en realidad, serían susceptibles de resolver con entera independencia suya. Tal es la tesis defendida paradigmáticamente por Puppe, quien, luego de exponer los reparos que debiese suscitar la construcción de un mecanismo *ad hoc* concebido con el exclusivo propósito de evitar lagunas de punibilidad, agrega que su empleo tampoco es forzoso⁹⁵⁵.

Ciertamente, la caracterización de la coautoría imprudente como herramienta abocada a subsanar déficits (o dificultades probatorias) de causalidad —algo que, en cualquier caso, habría de ser un reparo endosable no a ella, sino a su indebida utilización— no resulta una etiqueta gratuita ni arbitraria frente a quienes la presentan como recurso subsidiario en casos en los que no logra configurarse una “autoría paralela”. Pero, con esta forma de proceder, algunos representantes de su indisponibilidad como alternativa práctica, por la vía de hacer radicar su principal prestación en la renuncia a la prueba de la causalidad de aportes individuales, innecesariamente acumulan suspicacias adicionales en contra de la posibilidad teórica que defienden⁹⁵⁶. Así, la excesiva intimidación que provoca la

comportamiento contrario a cuidado, satisface los presupuestos para ser castigado como autor de un delito imprudente, entonces ya no hay lugar para una coautoría. Así, por ejemplo, ROTSCH, «„Gemeinsames Versagen“. Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft», en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *FS-Puppe*, 2011, p. 905.

⁹⁵⁵ PUPPE, *GA* (2004), pp. 135 y ss. Según Puppe, también sería superflua la construcción de una coautoría imprudente en el *Caso de la viga*, en el que, con arreglo a la fórmula de la condición mínima suficiente, podría constatarse la causalidad del comportamiento de cada uno de los sujetos para la lesión del transeúnte. El caso no sería sino una muestra de la deficiencia de la fórmula *conditio sine qua non* (*ibidem*, p. 145).

⁹⁵⁶ Así, por ejemplo, RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 425, sugiere que la “gracia” (*Witz*) de la coautoría es relevar de la necesidad de probar la eficacia causal de los aportes individuales. Cfr. EL MISMO, *ZIS*, 2 (2021), p. 97, reiterando que “el atractivo” de esta solución radica en que puede prescindirse de la causalidad de las contribuciones individuales al hecho, puesto que, en virtud de la imputación recíproca, es suficiente con que la acción conjunta haya producido el resultado. Por su lado, ROXIN, *PG*, t. II, § 25/240, niega la necesidad perentoria de acudir a una coautoría imprudente cuando puede venir en consideración una autoría accesoria, como ocurriría en el *Caso de las rocas rodantes*. Igualmente, KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*, 2014, pp. 239 y ss., caracteriza a los problemas de causalidad como *impetus* de la discusión a propósito de la plausibilidad de una coautoría imprudente. Entre sus detractores, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 712, sugiere que el traslado del concepto restrictivo de autor de los delitos dolosos al ámbito imprudente sería una pregunta subordinada de cara a otra principal: la necesidad práctica y político-criminal de la figura de una coautoría imprudente. En cambio, de manera correcta, recusan el indebido uso que tiende a darse a esta estructura de imputación, ARTAZA VARELA, *Perspectiva Penal Actual*, 1 (2012), p. 48; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 571 y s.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 159.

supuesta futilidad de la figura determina que, algunos de sus defensores, expresa o implícitamente, acaben presentándola, de modo igualmente cuestionable, como mecanismo destinado a tapar agujeros, en circunstancias de que su plausibilidad teórica habría de mostrarse como un aspecto independiente del rendimiento político-criminal, que ciertamente también ha de merecer atención, pero desde un prisma distinto: solo tiene sentido calibrar la capacidad de rendimiento de una estructura efectivamente concebible. En contrapartida, esta factibilidad teórica nada prejuzgará con respecto a su idoneidad político-criminal.

Para sustentar la hipótesis antes enunciada, Puppe se concentra especialmente en casos de resultados sobrecondicionados en decisiones adoptadas por órganos colegiados. Para ella, tales constelaciones son problemáticas a la luz de la fórmula *conditio sine qua non* —en breve: porque suprimiéndose el voto de cada miembro no desaparece el resultado—, pero no, en cambio, si se los analiza a partir de la fórmula de la condición mínima suficiente. Así, ilustra Puppe, si, tratándose de un órgano colegiado compuesto por cinco miembros cuyas decisiones han de ser adoptadas por mayoría simple, votan todos unánimemente en favor de la decisión en cuestión, se alcanza la mayoría requerida (en este caso, tres votos) que cuenta como una condición mínima suficiente⁹⁵⁷. Por ende, dado que cada voto es parte necesaria de una de las posibles combinaciones que formarían una condición mínima suficiente para el acaecimiento del resultado correspondiente, podría vincularse causalmente el comportamiento individual de cada miembro del órgano con ese resultado, sin que para ello sea necesario recurrir a una coautoría imprudente. Como podrá notarse, la tesis de Puppe ha de ser entendida como una respuesta en contra de aquellas otras que, acudiendo a la coautoría, pretenderían sortear la necesidad de eficacia causal de los aportes individuales. Sin embargo, dado que el mismo problema podría plantearse en el escenario de una potencial imputación a título de dolo⁹⁵⁸, resulta que esta tampoco es una crítica independiente de la consistente en una falta de resolución conjunta al hecho. Más adelante se volverá acerca de las razones que dotan de sentido recurrir a la coautoría en casos de resultados sobrecondicionados⁹⁵⁹. Por de pronto, cabe anticipar que la afirmación de la relevancia causal de una acción individual no debe oscurecer el hecho de que, tratándose de la adopción de decisiones colegiadas, el comportamiento que es instancia de realización típica no es la emisión de un voto, como tal, sino la decisión en la que se inserta dicho voto, como acción, por definición, colectiva.

⁹⁵⁷ PUPPE, GA (2004), pp. 138 y s.; LA MISMA, ZIS, 6 (2007), p. 240. Asimismo, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 720 y s., para quien la coautoría en estos casos se presenta como un problema aparente, en la medida en que pueda afirmarse la causalidad individual de cada comportamiento para con el respectivo resultado. Acogiendo la fórmula de la condición mínima suficiente para solucionar los casos de resultados sobrecondicionados en decisiones colegiadas, y, con ello, rechazando en este ámbito la necesidad de una coautoría imprudente, GRECO, *GS-Hruschka*, pp. 380 y s.; KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 353.

⁹⁵⁸ Así, acertadamente, FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 239: “[l]a figura de la coautoría es tan necesaria o tan superflua en el delito imprudente como en el delito doloso”.

⁹⁵⁹ Al respecto véase *infra* Cap. Octavo, apdo. II.3.

Por último, y sin perjuicio de lo acabado de señalar, debe tenerse presente que la tesis que asigna un carácter innecesario a la coautoría imprudente asume, por así decirlo, una carga argumental mayor que la que declara su factibilidad, pues la primera debe comprobar que esta estructura de imputación *siempre* resultaría fútil, y no solo en aquellos escenarios en los que —de manera más o menos controvertida— se genera una superposición con la estructura de la autoría directa. Como se verá más adelante, esto último no sucede, por lo menos, en casos de “coautoría aditiva”, en donde no puede afirmarse alternativamente una pluralidad de autorías directas; mientras que en aquellos otros en los que sí pareciera generarse aquella superposición, la solución de la coautoría tampoco violentaría el principio de economía⁹⁶⁰, pues, en virtud de la distinta clase de explicación que suministra de cara a la potencial responsabilidad penal de dos o más sujetos, su afirmación puede exhibirse como cualitativamente más parsimoniosa⁹⁶¹.

Las demás alternativas teóricas que harían innecesario recurrir a la estructura de la coautoría en un injusto imprudente serán analizadas en el siguiente apartado.

4. ¿Imposibilidad de una “resolución conjunta al hecho”?

Probablemente la crítica más extendida como recalcitrante frente a la posibilidad de imputar a título de coautoría una infracción de deber imprudente es la que acusa, dicho genéricamente, una falta de “resolución conjunta al hecho”. Como hubo oportunidad de registrar a propósito de la coautoría en general, y como pronto se verá respecto de la coautoría en el injusto imprudente en particular, hay quienes explícitamente renuncian a este elemento de la coautoría. En consecuencia, tanto las modalidades de esta objeción como sus respectivas réplicas han de entenderse circunscritas al espectro de teorías —aún mayoritarias, como se ha visto— que consideran indispensable la existencia de un vínculo intersubjetivo entre los coautores.

A pesar de la variedad de formulaciones que se dan cita en la articulación de aquello que tradicional y muy equívocamente se ha denominado “tipo subjetivo” de la coautoría, quienes rechazan su aplicación al injusto imprudente, generalmente, lo hacen esgrimiendo

⁹⁶⁰ En contraste con la opinión de KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 104, quien, para reforzar la tesis del carácter presuntamente superfluo de la coautoría, invoca la navaja de Ockham. No obstante, una condición para que pueda invocarse válidamente el principio de parsimonia estriba en que, cualquiera que sea la explicación escogida de entre las disponibles, “las cosas sigan siendo iguales”. Precisamente eso es lo que no sucede si alguna de las explicaciones en cuestión es más precisa o completa que las otras.

⁹⁶¹ Sobre la distinción entre parsimonia cualitativa y cuantitativa, véase BAKER, «Quantitative parsimony and explanatory power», *British Journal for the Philosophy of Science*, 54 (2003), pp. 247 y ss. Por cierto, idéntico obstáculo al señalado en el texto —la existencia de alternativas que aparentemente conducirían a las mismas conclusiones— aqueja al reconocimiento de una coautoría en los delitos impropios de omisión.

como argumento fuerte el déficit de algún elemento que vincule intersubjetivamente a quienes actúan de manera contraria a cuidado. Mas el origen de este reparo, como la sucesión del debate en torno a la cuestión, resultan absolutamente inescindibles de un antecedente histórico al que brevemente se alude enseguida.

Según hubo oportunidad de registrar⁹⁶², en la asimilación de la codelincuencia a un “concurso de voluntades criminales” se deja reconocer un factor decisivo para el temprano rechazo a la posibilidad de intervención delictiva en hechos imprudentes. En el caso de la coautoría, esto determinó que se hiciera del complot (a veces explícitamente trabajado como una inducción recíproca) su forma más paradigmática, a la que se añadían como alternativas, por un lado, la que hoy cabría entenderse como una “coautoría casual” (*zufällige Miturheberschaft*) —una coautoría sin acuerdo previo, pero con conocimiento de actuar conjuntamente— y, por el otro, la banda criminal. En este contexto, no tardaría en echar profundas raíces la idea de que la coautoría presupone un actuar *consciente* y *querido* dirigido a la comisión de un hecho delictivo; es decir, una identificación del vínculo intersubjetivo que liga a los coautores con la vieja idea de un *pactum scaeleris*⁹⁶³. Esta exigencia, naturalmente, se mostraba incompatible con los delitos imprudentes, ya que la culpa no es apta “para tender un puente de una voluntad hacia la otra”⁹⁶⁴.

Como podrá notarse, desde el instante en que la pregunta por una coautoría imprudente se plantea en los términos —para utilizar las fórmulas al uso— de un *acuerdo* o *decisión* imprudentes al hecho, las posibilidades de éxito de esta estructura de imputación se vuelven manifiestamente ínfimas. En cambio, *prima facie* al menos, la crítica adquirirá un matiz distinto, y ciertamente más persuasivo, cuando se afirma que la coautoría requiere que un tal “acuerdo” o “decisión conjunta” estén dirigidos a la realización de un hecho delictivo. En ese sentido, el reparo no pivota propiamente en la falta de resolución conjunta, sino en el contenido de su objeto de referencia, que, tratándose de hechos imprudentes, por regla general, no tendrá como fin la perpetración de un delito⁹⁶⁵. De esta manera comienza también a perfilarse la comprensión del llamado elemento subjetivo de

⁹⁶² Cfr. *supra* Cap. Cuarto, apdo. I.3.

⁹⁶³ Ilustrativo al respecto KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, pp. 338 y ss., quien, a propósito del complot, en lugar de la simultaneidad de la actuación conjunta (propia de la “coautoría casual”), destacara aquí su carácter previamente consciente y querida (*ex proposito*), esto es, bajo la forma de una conspiración entre varios para la realización conjunta de un delito.

⁹⁶⁴ BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, p. 173. Le sigue BIRKMEYER, *Die Lehre von der Theilnahme*, pp. 137 y ss., quien, además, enfatizara ya la necesidad de distinguir el dolo del coautor y el del autor individual, mediante la inclusión en el primero de ellos del conocimiento y la voluntad del resultado producido conjuntamente, de la propia colaboración al mismo, y de la co-eficacia de lo realizado por los demás coautores.

⁹⁶⁵ Para un rechazo de la coautoría imprudente por falta de resolución al hecho en tanto que delictivo, EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., § 25/87; GÜNTHER, *JuS* (1988), p. 386; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 63 I 3; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 29ª ed., § 25/13.

la coautoría como una suerte de “dolo común”⁹⁶⁶, bajo cuya forma genérica suelen desenvolverse las críticas más extendidas en contra de la viabilidad de una coautoría imprudente, ya sea por la imposibilidad de un dominio conjunto del hecho⁹⁶⁷, ya sea por faltar la necesaria referencia de sentido delictiva (*deliktische Sinnbezug*) que caracterizaría a toda cooperación consciente y querida constitutiva de coautoría⁹⁶⁸.

Dicho esto, si para hablar de coautoría sigue exigiéndose que los compromisos cognitivos de los coagentes contengan una referencia al hecho descrito en el tipo, cabe detenerse a preguntar: ¿esta variante de la crítica en cuestión opera realmente de manera diversa a la de la anterior? Según la comprensión aquí patrocinada, no. Pues persiste la errónea identificación categorial de los compromisos cognitivos de cuya consistencia entre los agentes depende que se esté frente a una acción conjunta, por un lado, con aquellos compromisos cognitivos que sirven de base para imputarles subjetivamente el hecho delictivo en el que ha redundado la ejecución de dicha acción, por otro. Y esto rige también respecto del carácter supuestamente “querido” de la cooperación constitutiva de coautoría, ya que los mismos problemas que plantea la presunta necesidad conceptual de un elemento volitivo en el dolo, tendrían que reproducirse en una concepción de coautoría que construye uno de sus presupuestos con base en esa misma estructura bipartita. Sin ir más lejos: ¿sería posible aplicar dicha noción de coautoría a dos sujetos a quienes se atribuye dolo directo de primer y de segundo grado (o incluso eventual), respectivamente?

Otra modalidad de la crítica en examen señala que en una pretendida coautoría imprudente el consenso entre los coautores no puede recaer sobre el “hecho” —como lo consagra, por ejemplo, el artículo 28 del CPE— que, a causa de tratarse de un hecho, aquí, necesariamente consumado, integraría un resultado que es justamente aquello que no es captado por la representación de los sujetos. De esta manera, aun cuando existiese

⁹⁶⁶ El rechazo de una coautoría imprudente debido a la identificación entre el acuerdo (o decisión conjunta) en la coautoría y el dolo puede apreciarse ya en BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, p. 112; VON LISZT, *Tratado*, 20ª ed., t. III, p. 84; MAYER, M.E. *PG*, p. 474.

⁹⁶⁷ Así, aunque de modo minoritario en la doctrina española, CEREZO MIR, *PG*, t. III, p. 226; BACIGALUPO, *Principios*, p. 365; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 140. Véase también PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, p. 286, quien, sin negar explícitamente una coautoría imprudente, señala que el objeto de la resolución conjunta es la co-realización de un determinado hecho delictivo. Rechazan también la coautoría imprudente por su incompatibilidad con el dominio del hecho, entre otros, DONATSCH, *SJZ*, 7 (1989), pp. 110 y s.; GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 105; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 7ª ed., § 47/92 y 103. Advierte esta incompatibilidad también ROTSCH, *FS-Puppe*, pp. 903 y 907.

⁹⁶⁸ Así, la crítica de KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 260 y ss., 365, quien intenta reforzar este argumento sugiriendo un paralelo con la complicidad a través de una “acción neutral”, cuya punibilidad dependería precisamente de que ellas exhiban una referencia de sentido delictiva. Invocando la falta de una referencia de sentido delictiva en la coautoría imprudente, véase también BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 300; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 715. Con todo, es difícil imaginar en qué medida resulta jurídico-penalmente irrelevante (esto es, “neutral”) un comportamiento que representa la base para la adscripción de un *injusto* imprudente, amén de que su relevancia jurídico-penal tampoco es algo que se encuentre a disposición de los agentes en cuestión, ni que dependa de los fines perseguidos por ellos. En esta última dirección, véase también la réplica de RENZIOWSKI, *FS-Otto*, pp. 433 y s.

un “acuerdo” o “resolución” conjunta, estos versarían respecto de un hecho distinto del cual los sujetos tendrían que responder como presuntos coautores⁹⁶⁹. En su descargo, quienes favorecen la viabilidad de una coautoría imprudente invocan que la circunstancia recién descrita —esto es, que los coautores no hayan previsto el resultado— es un elemento inherente a la esencia misma del injusto imprudente, y solo resulta informativa respecto de la necesidad de adecuar la coautoría a su fisonomía. De ahí que la réplica más estandarizada sea susceptible de sintetizar como sigue: que no puedan extrapolarse sin más los criterios desarrollados para la coautoría dolosa resulta una obviedad de la que no se desprende en modo alguno la exclusión de una posible coautoría imprudente⁹⁷⁰.

Con base en la premisa señalada, buena parte de las propuestas constructivas de una coautoría imprudente prematuramente se rinden a la tentación de modificar ese “elemento subjetivo” de la coautoría, con el propósito de adaptarlo a la estructura de la imprudencia. De las especificidades de tales formulaciones habrá oportunidad de ocuparse luego con algún grado de detención. Por de pronto, en cambio, interesa enfatizar que de esta manera no se responde, sino que se posterga una respuesta a la crítica antes señalada, por la vía de trasladar a la estructura del injusto imprudente un aspecto que precisamente viene a cuestionar su aplicación a acciones de carácter conjunto. Por ejemplo —para ilustrarlo con una de las vías constructivas al uso—, cuando la coautoría en el injusto imprudente se tematiza bajo los términos de una “decisión conjunta de realizar una acción riesgosa”, sigue instalada la dificultad de que los presuntos coautores no responderán “por” dicha acción riesgosa, sino por el resultado causado a través de ella. De este modo, a partir de una tesis como la anterior o de otras análogas —y que probablemente representan la mayoría dentro del abanico de opiniones favorables a la coautoría en el injusto imprudente— se está desarrollando la solución con arreglo a una premisa que trae implícita la suposición de que el concepto jurídico-penal de coautoría es por defecto el de una “coautoría dolosa”, por lo que su *adaptación* al injusto imprudente requeriría forzosamente la modulación de aquella estructura primitiva. Las implicancias de una concesión tácita como esta son difíciles de exagerar, desde ya, porque supone nada más y nada menos que operar con dos conceptos distintos de coautoría, y porque, por añadidura, cualquier desajuste con la imagen modelo suministrada por la “coautoría dolosa”, y toda singularidad que presente la estructura de una “coautoría imprudente” así adaptada, habrían de ser vistos inevitablemente como una anomalía en esta última.

⁹⁶⁹ En ese sentido, BOTTKE, *GA* (2001), pp. 470 y ss., 475; GROPP, *GA* (2009), p. 272.

⁹⁷⁰ En esta línea, en la dogmática española, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 214; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 332; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, p. 163. En Alemania, por ejemplo, KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 99; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 284; OTTO, «Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt», *JURA*, 1 (1990), p. 48; WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 232. En Suiza, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 82 y s.

Es en *ese* sentido en que resulta justificada la crítica de Puppe en términos de que toda propuesta de coautoría imprudente entraña siempre una “sustitución del plan conjunto”⁹⁷¹. Si se considera el panorama general de opiniones favorables a esta estructura de imputación, su diagnóstico probablemente es correcto, deja situada a la mayoría de tales propuestas en la incómoda posición de construcciones *ad hoc*, y acaso comprometidas de cara al principio de legalidad, en tanto que potenciales razonamientos analógicos. De ahí que, por el contrario, cualquier tesis que pretenda inmunizarse frente a tales objeciones, desde un inicio, tendría que controvertir la premisa de la cual parten Puppe y, en general, la doctrina detractora, esto es: la suposición de que tal “plan conjunto”, como requisito de toda coautoría, esté diseñado por defecto para referirse a un hecho doloso. Solamente a partir de ello se torna posible neutralizar una crítica ulterior, en la que pronto desciende el análisis ofrecido por Puppe, a saber: el carácter manipulable de los contornos de un “proyecto común de acción”⁹⁷². Pues la precisión de contornos que Puppe atribuye al “plan conjunto del hecho”, cuyo contenido siempre estaría determinado por el tipo, y que se mostraría como inaccesible en una coautoría imprudente, *no* es una marca de dicho “plan conjunto” —ni, en general, de la coautoría—, sino más bien consecuencia de que, por definición, el dolo se predica respecto de una acción que (de acuerdo con la creencia que se deja adscribir al o los agentes en cuestión) ejemplificaría una determinada clase de acción: la descrita en el tipo. Con todo y esto, incluso bajo la indebida relación interna que pretende así establecerse entre el “plan conjunto del hecho” y el dolo, tampoco sería apropiado decir que los coautores se resuelven a realizar un tipo delictivo, sino más bien una determinada acción que podría llegar a ser instanciación de dicho tipo. Es decir, lo que se proponen realizar conjuntamente dos o más sujetos a quienes cabría adscribir una infracción de deber compartida a título de dolo no es el correspondiente tipo delictivo, sino un comportamiento del cual puede predicarse adicionalmente la *propiedad* de ser típico. Por fin, esto permite advertir que la dificultad puntualizada por Puppe, más bien, dice relación con la indeterminación general que padecerían las medidas de cuidado, y no con un aspecto que dependa particularmente del carácter individual o conjunto de la instancia de acción que las contraviene. Como se registró en su oportunidad, el carácter eminentemente situacional de la identificación de la respectiva exigencia de cuidado no deslegitima una imputación a título de imprudencia, en tanto en cuanto el o los sujetos hayan estado en condiciones de reconocer y adoptar la medida que les hubiese permitido asegurar sus propias capacidades de evitación.

Así las cosas, el rechazo de una coautoría imprudente sobre la base de la ausencia de una resolución conjunta suele ser reflejo de una identificación de planos analíticos que se deja describir como la fundición del contenido epistémico que sirve de base para una

⁹⁷¹ PUPPE, GA (2004), pp. 135 y s.

⁹⁷² PUPPE, GA (2004), pp. 133, 135 y s. Así también BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 298 y ss.

adscripción de dolo con el compromiso cognitivo que fundamenta el carácter conjunto en una acción desplegada por dos o más sujetos. Y la extendida caracterización de este elemento de la coautoría como un “pacto de injusto” —patrocinada precisamente por Puppe— resulta especialmente expresiva de dicho solapamiento. Las aristas del problema se acentúan una vez que se repara en que la resolución conjunta no es un requisito de la coautoría que se encuentre legalmente impuesto. Ciertamente, resulta del todo factible y aun recomendable exigir un nexo intersubjetivo entre potenciales coautores de modo que lo realizado “conjuntamente” por ellos sea distinguible de un mero set de acciones independientes. Pero la factibilidad y conveniencia de ese presupuesto *de la coautoría* no deben conducir a restringir injustificadamente el ámbito de aplicación de esta estructura de imputación, pues entonces lo primero que cabría someter a revisión son los términos en que es concebida esa resolución conjunta⁹⁷³.

Como se aprecia, el rechazo de una coautoría imprudente basado en la exigencia de dolo descansa en una comprensión del vínculo entre categorías de imputación subjetiva y de intervención delictiva bajo la cual se vuelven irreconocibles dos informaciones plenamente diferenciables y necesitadas de diferenciar: por un lado, que dos o más sujetos han actuado conjuntamente y, por otro, a fuer de cierta creencia compartida, las condiciones bajo las cuales estos podrían haber evitado (conjuntamente) la realización de un comportamiento típico. Pues, el hecho de que tales sujetos crean (interactivamente) estar actuando de manera conjunta nada dice aún sobre si dicha creencia incluye o no, *además*, una referencia a propiedades secundarias que determinarían que esa acción, realizada conjuntamente, sería instanciación de cierta clase de acción descrita en un tipo de delito. En definitiva, mientras que el error padecido por aquellos a quienes se imputa *qua* imprudente la realización (conjunta) de un hecho delictivo constituye un error referido a las consecuencias causales que habrían de seguirse de dicha acción, dicho error no se extiende a la creencia (verdadera) de estar actuando conjuntamente⁹⁷⁴. Por esto, *igual de conjuntos* son los comportamientos que, constituyendo el objeto de una posible imputación jurídico-penal, luego cabrían ser atribuidos a dolo directo de primer o segundo grado, a dolo eventual, o a imprudencia.

⁹⁷³ Como acertadamente observa STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, p. 213, los sujetos no tienen que ser conscientes de la dimensión de injusto de la acción (*Unrechtsdimension der Handlung*) para poder afirmar una “forma de comisión en coautoría” (*mittäterschaftliche Begehungsweise*). La importancia de lo anterior reside en que la creencia de estar realizando una acción que satisface o satisfará la descripción de un tipo de delito en nada condiciona el carácter conjunto (o individual) de la misma.

⁹⁷⁴ Fundamental, BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 294 y s., nota 49, quien destacara que al actuante imprudente lo que falta es consciencia de antijuridicidad de su hecho, empero, dicho déficit no obsta ni la posibilidad de “unidad de voluntad” ni de una “comunidad de acción”. Próximo también BETTIOL, *Scritti Giuridici*, t. I, 1966, p. 18, según quien, en el concurso culposo, solo se requiere la voluntariedad de la propia conducta imprudente, y consciencia de acceder a la acción de otro.

5. ¿Ausencia de un fundamento para la imputación recíproca?

Otra vía de oponerse a la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente consiste en negar la aplicación del principio con arreglo al cual tradicionalmente se estructura este criterio de autoría: la imputación recíproca. Así, por ejemplo, a decir de Herzberg, en una acción imprudente falta una solidaridad respecto de resultados no queridos, lo que clausura la posibilidad de la correspondiente imputación recíproca entre los actuantes⁹⁷⁵.

Que la condición de cada coautor presuponga o se funde en una suerte de aceptación recíproca del reparto solidario de la eventual responsabilidad resultante de su actuación conjunta representa una conjetura altamente dudosa, y probablemente tampoco se avenga con el aspecto que a Herzberg le interesa puntualizar. Más bien, lo cardinal de su objeción pareciera estribar en la denuncia de una falta de previsión de resultados que tornaría irremediabilmente injusta la responsabilidad compartida por ellos, así como en la dificultad de que cada coautor se encuentre en condiciones de aprobar lo realizado por el resto⁹⁷⁶. En definitiva, todo lo anterior representaría un serio problema en la medida en que el hecho global perfectamente podría ser interpretado como un exceso para los coautores. Esto engarza con la crítica formulada últimamente por Greco, y con la cual toma distancia de la posición que anteriormente defendiera en esta controversia⁹⁷⁷.

Luego de relativizar el poder de convicción de críticas tradicionales —como la falta de resolución conjunta al hecho o su incompatibilidad con la regulación legal de la coautoría— recientemente Greco asocia lo que él denomina su “problema central” a la falta de una fundamentación sólida para la imputación recíproca⁹⁷⁸. En efecto, desde el punto de vista del principio de autorresponsabilidad, la coautoría no es ninguna obviedad, ni tampoco lo es desde el punto de vista de la naturaleza altamente personal de la pena (y, con ello, del hecho punible)⁹⁷⁹. En opinión de Greco, sin embargo, la imputación

⁹⁷⁵ Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 73, con nota 49. Nótese, sin embargo, que Herzberg no asocia esta crítica a la falta de una resolución conjunta dirigida a la producción del resultado, que, como tal, no le convence, por tratarse de un requisito tomado de la coautoría en hechos dolosos. En cambio, PUPPE, *GA* (2004), pp. 131 y 133, sí asocia la ausencia de fundamento para la imputación recíproca con la falta de decisión conjunta al hecho. Para una relación entre el problema de legitimación de una coautoría imprudente y el objeto de referencia (no delictivo) de la acción conjunta entre co-actuantes imprudentes, véase también DUTTGE, «Das Fahrlässigkeitsdelikt im Zeitalter moderner „Katastrophen“», en JOERDEN/SCHMOLLER (coords.), *FS-Yamanaka*, 2017, p. 44.

⁹⁷⁶ La aprobación de algo supone su conocimiento. Acerca de la idea de aceptación de los aportes entre coautores, como una alternativa a la imputación recíproca, véase la sugerente propuesta de BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, pp. 37 y ss.

⁹⁷⁷ Afirmando la posibilidad de una coautoría imprudente, GRECO, *ZIS*, 8-9 (2011), pp. 687 y ss.

⁹⁷⁸ GRECO, *GS-Hruschka*, pp. 366 y ss.

⁹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 367. Pero, como advierte RENZIKOWSKI, *ZIS*, 2 (2021), p. 96, no está del todo claro qué debe comprenderse por “altamente personal”. Según añade el propio Renzikowski, la noción de persona no es un concepto empírico, sino de la filosofía práctica o del Derecho. Más allá de lo anterior, lo que, por de pronto, aquí interesa notar es que lo personal no necesariamente tiene que ser identificado con lo individual.

recíproca solo parece tolerable en casos en donde puede hablarse de una obra común; un presupuesto mínimo para ello es un dolo referido al resultado, sin que sea suficiente la presencia de un proyecto común, que justamente dejaría de abarcar dicho resultado⁹⁸⁰. Así, actualmente Greco sostiene que, tratándose de hechos imprudentes, ese fundamento no puede quedar suficientemente justificado en la ampliación de la esfera propia de responsabilidad a la que conducen los comportamientos ajenos. Por esto, en síntesis, la coautoría imprudente se presentaría como el intento de imputación recíproca de un exceso; como el castigo por un fallo ajeno⁹⁸¹.

Pero, por de pronto, esto es *inherente* a todo injusto imprudente: un mundo configurado de forma distinta al que el (o los) agente(s) se ha(n) propuesto dar lugar, pero que no por distar de lo previsto, deja de dar cuenta de un hecho suyo. Controvertir una potencial coautoría imprudente sobre esta base supone partir de la premisa de que, tratándose de un agente individual, en cambio, sí estaría legitimada la responsabilidad *por* dicho exceso, y no solo *a pesar de* dicho exceso⁹⁸². Todo el punto, sin embargo, descansa en el hecho de que el autor a quien se imputa un injusto imprudente podría haber estado en condiciones de —en caso de proponérselo— evitar la configuración de semejante divergencia, en la medida en que hubiese resguardado sus capacidades de evitación. Nada de esto cambia al tratarse de dos o más coagentes. Al ejecutar (u omitir la ejecución de) un comportamiento conjunto, tales sujetos —al igual que el agente individual— no pueden representarse prospectivamente situados en el escenario de responder retrospectivamente por un evento concreto cuya posibilidad de producción ignoraban en aquel momento; su base de responsabilidad, no obstante, residirá en la infracción conjunta de una medida de cuidado.

Como pronto se verá, la creencia errónea acerca del alcance de consecuencias susceptibles de ser desencadenadas a partir de la ejecución de una acción no necesariamente elimina

⁹⁸⁰ GRECO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, 2018, pp. 69 y s. Nótese que, desde la perspectiva de Greco, incluso la coautoría dolosa se presenta como problemática en un Derecho penal de la culpabilidad, pero en la cual, sin embargo, aun encontraría sustento la imputación recíproca. Sobre la incompatibilidad entre el dominio funcional del hecho y la imprudencia, véase también EL MISMO, *GS-Hruschka*, pp. 374 y s.

⁹⁸¹ GRECO, *GS-Hruschka*, p. 375. Esta legítima preocupación se deja relacionar con la que expresa KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 350 y ss., a propósito de una falta de previsibilidad, como el “verdadero problema” de una coautoría imprudente. Sin perjuicio de lo que habrá ocasión de profundizar más adelante, cabe anticipar que precisamente la *eventual* falta de previsibilidad en la realización *conjunta* del hecho —derivada, por ejemplo, de un error esencial en el alcance de la contribución ejecutada por el compañero o, directamente, del hecho de que el propio comportamiento convergerá con el de un tercero— puede hacer decaer una coautoría en el injusto imprudente, dado que entonces los sujetos carecerían de una capacidad de evitación conjunta del mismo. Lo crucial es que dicha exigencia no cierra la vía a la posibilidad de que en muchos otros casos sí será previsible una realización conjunta del hecho.

⁹⁸² Sobre la condición de exceso que para el agente representa el resultado en un injusto imprudente ya RADBRUCH, *El concepto de acción*, p. 134. A partir de esta falta de correspondencia entre lo representado por el sujeto y el resultado que es consecuencia causal de la acción por él desplegada hay autores que caracterizan a los tipos imprudentes, desde un punto de vista objetivo, como “tipos incongruentes”. Así, por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 9/45.

la relación agencial que liga a uno o varios sujetos con un determinado suceso, y, en cualquier caso —que es lo que aquí interesa—, deja intacta la posibilidad de reconocer una acción (individual o conjunta) previa con cargo a la cual fundamentar una imputación extraordinaria por imprudencia. Por lo demás, el respectivo déficit (*imputable*) que afecta a las capacidades físicas o epistémicas de evitación de los agentes involucrados es algo que precisamente queda manifestado en la inferior pena a que se someten quienes individual o conjuntamente perpetran hechos imprudentes⁹⁸³.

A pesar de lo anterior, y de forma análoga a lo que ocurre con la presunta ausencia de una “resolución conjunta al hecho”, quienes favorecen la posibilidad de coautoría en el injusto imprudente suelen replicar la crítica en examen a través de argumentos destinados a ofrecer un sustento específico a la imputación recíproca para este ámbito.

De esta crítica se han hecho eco especialmente Kamm, Knauer y Häring. Así, para Kamm, ante la imposibilidad de fundamentar el mismo efecto de solidarización que en los hechos dolosos, el sustento de la imputación recíproca en los delitos imprudentes se hallaría en un incremento conjunto del riesgo⁹⁸⁴. De modo similar, Knauer señala que, por existir alguna referencia al resultado del hecho, solo en los casos límite entre dolo eventual e imprudencia consciente podría apreciarse un efecto de solidarización entre los coautores; para los demás, sin embargo, Knauer considera que, en lugar de una decisión conjunta al hecho, únicamente podría hablarse de un proyecto de acción⁹⁸⁵. Entretanto, Häring sostiene que, en los delitos imprudentes, la imputación recíproca no se vincula con los aportes al hecho, sino con los aportes a la acción. Puesto que si —ejemplifica Häring— en lugar de uno, son dos los comportamientos contrarios a cuidado, aumenta el peligro de que un bien jurídico resulte afectado, siendo ello lo que justifica que se imputen recíprocamente los aportes de los coautores⁹⁸⁶. Lo problemático de los planteamientos reseñados es que, desde un punto de vista objetivo, el mismo incremento del riesgo es susceptible de identificar cuando convergen varias acciones sin que exista ningún vínculo intersubjetivo entre los respectivos agentes. Por otro lado, anclar la imputación del resultado en la creación de un riesgo —desconociéndose en qué medida el primero es una concreción del segundo, como en los casos de coautoría aditiva— es un intento de fundamentación que inevitablemente exhibe visos versaristas. Dicho con otras palabras: la contribución individual consistente en la ejecución de un comportamiento riesgoso únicamente podría justificar la imputación recíproca de los demás riesgos, pero no *por sí*

⁹⁸³ En contra de lo sugerido por HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 92, en el sentido de que el menor castigo de la coautoría imprudente se fundaría en una imputación recíproca cuyo fundamento es menos intenso, en parangón con el delito doloso. Ello no es efectivo dado que el criterio de imputación subjetiva aplicable no determina una variación en el fundamento de la así llamada imputación recíproca, sino más bien en la clase de capacidad de evitación que, con respecto al comportamiento típico, puede predicarse de los coagentes.

⁹⁸⁴ Cfr. KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 179 y ss., 185, 200 y s.

⁹⁸⁵ Cfr. KNAUER, *Kollegialentscheidung*, pp. 157, 184 y 192.

⁹⁸⁶ Cfr. HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 91 y s., nota 337.

sola la del resultado. Tratándose de comportamientos individuales, y en términos de imputación objetiva, la determinación de si un riesgo se ha concretado o no en el resultado respectivo es una operación de interpretación teleológica referida no al carácter propio de un comportamiento, sino a su subsunción bajo cierta descripción. En cambio, cuando son varios, el hecho de que cada uno haya realizado un comportamiento riesgoso nada dice aún acerca de la imputación de un resultado que, eventualmente, podría ser consecuencia causal de solo uno o algunos de los comportamientos involucrados.

Sin embargo, la estrategia de ofrecer una fundamentación especial para la imputación recíproca en hechos imprudentes resulta doblemente contraproducente: por un lado, conduce innecesariamente a una escisión del concepto de coautoría, en tanto en cuanto un mismo instituto reconocería dos clases de fundamento diversos, con la consecuente exposición a la etiqueta de construcción *ad hoc*; por otro, valida la anomalía de subordinar la existencia de una acción conjunta a las propiedades del dolo como criterio de imputación subjetiva. Por esto, en lugar de una fundamentación especial de la “imputación recíproca”, de lo que se trata es de indagar la presencia de ciertos presupuestos generales de cuya satisfacción depende que la realización del tipo pueda ser imputada a dos o más sujetos como una obra conjunta. Según la tesis aquí defendida, la razón para unificar en una sola acción una pluralidad de comportamientos discretos desplegados por dos o más sujetos, funcionalmente interdependientes, descansa en la asunción de compromisos cognitivos y prácticos consistentes entre sí. El poder vinculante que tales compromisos pueden ejercer para cada coagente, en tanto que *razón* para aportar su respectiva “parte de la acción conjunta”, representa un elemento absolutamente independiente del eventual significado delictivo de lo que conjuntamente realizan⁹⁸⁷.

En consecuencia, una vez que se formula *a contrario sensu* —“solo el dolo puede fundamentar una imputación recíproca”—, puede advertirse que la crítica acabada de examinar, después de todo, también descansa en la suposición de que sería un específico criterio de imputación subjetiva aquello que fundamentaría apropiadamente la imputación recíproca de aportes entre potenciales coautores. Por esto, sobre el déficit que subyace a tal razonamiento —“dos o más sujetos actúan conjuntamente *porque* obran de forma dolosa”—, puede remitirse aquí a la presunta falta de “resolución conjunta al hecho”.

⁹⁸⁷ Cfr. STECKERMEIER, *Der Tatenschluss von Mittätern*, pp. 208 y ss., especialmente pp. 211 y 213, en cuyo planteamiento el poder vinculante del nexo intersubjetivo entre los coautores, fundado en “objetivos fácticos de la acción”, es independiente del eventual carácter delictivo de semejante proyecto de acción.

6. El carácter individual de la contrariedad a cuidado

Las dimensiones de la crítica contra una potencial coautoría imprudente se utilizan al aplicarse a la estructura interna de la imprudencia o, en lo que es igual, cuando ponen en tensión el carácter conjunto del propio comportamiento descuidado. Nuevamente se debe a Puppe la advertencia de una posible grieta en tal sentido, cuando sentencia: cada cual incumple por sí solo (“*jeder versagt für sich allein*”). Si en los delitos imprudentes —objeta Puppe— al autor se le reprocha no debido a una voluntad antijurídica, sino por no cumplir las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico, puede imputársele el resultado lesivo causado a partir de este incumplimiento (*Versagen*), pero no, sin embargo, por el incumplimiento de otro⁹⁸⁸.

La crítica anterior todavía podría agravarse por el hecho de que, especialmente tratándose de déficits epistémicos en la propia capacidad de evitación, resulta evidente que nadie puede “errar” con o a través de otro: el déficit únicamente lo experimenta quien lo padece y, por eso, en principio, pareciera incompatible con la posibilidad de que varios respondan por un mismo comportamiento defectuoso.

Pues bien, lo primero que cabría advertir al respecto es que toda creencia errónea, en tanto que estado intencional, recae sobre una proposición cuyo contenido puede ser simultáneamente tenido por verdadero (o falso) por varios sujetos intencionales. No hay mayores dificultades conceptuales de cara al reconocimiento de que dos o más sujetos pueden coincidir —utilizando la terminología de Searle⁹⁸⁹— en una “dirección de ajuste mente-a-mundo” que resulte ser falsa, ni incluso en que dicha representación incluya la creencia de otro u otros, bajo una dirección de ajuste cuyo contenido resulta sustancialmente consistente con el propio. Sobre este aspecto habrá oportunidad de volver más adelante. De momento, lo que, ciertamente, pareciera insoportable sería imputar a un sujeto los déficits que padecen otros; mas la factibilidad de una coautoría imprudente no pasa por desafiar el hecho de que uno, en efecto, “erra por sí solo”, sino en mostrar que cabe la posibilidad de errar conjuntamente con más personas. Con mayor razón, entonces, si se trata del incumplimiento de medidas de cuidado que podrían haber adoptado dos o más sujetos con el objetivo de asegurar sus capacidades de evitación conjunta.

⁹⁸⁸ PUPPE, GA (2004), pp. 129 y 135. Acogen esta crítica BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 309; GRECO, *GS-Hruschka*, p. 375; KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 368. A modo de réplica, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 142, sostiene que, siendo correcto que cada uno incumple (o se equivoca) por sí solo, lo que se imputa no es el injusto, sino el comportamiento ajeno. Nótese, sin embargo, que de esa forma no se supera el *quid* de la crítica levantada por Puppe, pues sigue tratándose de la imputación del comportamiento *defectuoso* de otro.

⁹⁸⁹ SEARLE, *Making the Social World*, pp. 27 y ss.

En cualquier caso, la objeción en examen hace pertinente recordar cómo se reconstruyen los comportamientos que devienen en candidatos a imputar *qua* imprudentes. En particular, interesa reconsiderar que, tras el comportamiento ejecutado bajo algún déficit físico o epistémico en las propias capacidades de evitación, puede existir otro que, al menos bajo alguna de sus posibles descripciones, sí haya sido ejecutado intencionalmente, y en cuya base sea posible sustentar una imputación extraordinaria del primero. Esto es crucial, ya que una de las principales razones por las que la viabilidad de una coautoría imprudente se presenta como altamente problemática reside en que, tras instalarse la pregunta acerca de la imputación de un comportamiento cuyo resultado que no ha sido causado intencionalmente por dos o más sujetos, se pierde completamente de vista el hecho de cómo estos sujetos se han puesto en condiciones tales de que resultan imposibilitados de evitar intencionalmente su realización. En breve: también es posible un “fracaso conjunto”.

El desarrollo de la tesis recién esbozada queda reservado para el siguiente capítulo de esta investigación. Sin perjuicio de ello, por vía de símil puede anticiparse un argumento que descansa en la semejanza estructural de la imprudencia con la tentativa de delito, en tanto que ambas se construyen sobre la base de un error⁹⁹⁰. En efecto, tanto en una como en otra, desde la perspectiva del agente existe una “dirección de ajuste mente-a-mundo” que, en sus aspectos esenciales, no acaba correspondiéndose con el mundo efectivamente configurado. En el caso de la imprudencia, el evento representa un *exceso* con respecto a lo que los coagentes habían previsto como resultado de su acción conjunta; en la tentativa acabada, por su lado, el mundo así (imperfectamente) configurado aparece como un *defecto* con relación a la representación tenida por los respectivos coagentes al momento de actuar. Pues bien, sobre esta base, considérese el siguiente supuesto:

A y B, cada uno portando un arma de fuego, disparan coordinadamente en contra del policía C, bajo la creencia de que, por esa vía, probablemente condicionarán su muerte. Debido a que porta un chaleco de balas, circunstancia que A y B ignoran al momento de efectuar los disparos, C resulta absolutamente ileso. Acto seguido, A y B son detenidos.

¿Se ve afectada de algún modo la acción conjunta de A y B consistente en disparar a C por el hecho de que dicha acción no haya causado el resultado que ellos, con arreglo a una creencia compartida, han tenido por probable al momento de su ejecución? Naturalmente, no. La falta de producción de la muerte de C solo ha determinado que la

⁹⁹⁰ Sobre dicha semejanza estructural, véase HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2ª ed., p. 186, poniendo de relieve que en ambos casos hay un error, dada la divergencia que se presenta entre aquello con lo que un sujeto cuenta que ocurrirá y lo que acaba ocurriendo. Con base en dicha semejanza, Hruschka sugiere que los casos de tentativa e imprudencia no solo pueden, sino que incluso tienen que ser comparados, pues se encuentran estrechamente vinculados. Más recientemente al respecto, MAÑALICH, *PC*, 27 (2019), pp. 297 y s.

acción que conjuntamente han desplegado *A* y *B* no disponga entre sus descripciones alternativas verdaderas la de matar a otro, empero, ello en nada afecta el hecho de que ambos, en efecto, han realizado un comportamiento intencional bajo otra descripción: disparar conjuntamente a *C*. Pues bien, *mutatis mutandis*, tratándose de comportamientos susceptibles de imputar a título de imprudencia, el hecho de que una porción del mundo devenga configurada de un modo no previsto (aunque previsible) en la representación compartida por los agentes al momento de actuar no elimina las lecturas de este u otros comportamientos desde las cuales lo ejecutado conjuntamente por ellos sí es intencional.

7. ¿Falta de realización conjunta del hecho?

El extendido empleo de la fórmula “realizar conjuntamente el hecho”, como cláusula constitutiva de la punibilidad de la coautoría, también ha suscitado dudas con respecto a su aplicación al injusto imprudente. Por ejemplo, Bottke ha objetado que la expresión “conjuntamente” presupone una efectiva “comunidad para la comisión del hecho” (*Tatbegehungsgemeinschaft*), a través de contribuciones prestadas en división del trabajo, esto es, cooperativamente, en una distribución funcional y consensuada de roles⁹⁹¹. Tales rasgos harían inconcebible una coautoría imprudente, ya que “conjuntamente” solo podrían realizarse hechos dolosos. Pero las posibilidades de éxito de esta objeción aparecen inmediatamente amenazadas por una *petitio principii*: de lo que se trata justamente es de ofrecer razones acerca de por qué, forzosamente, de manera conjunta solo podrían realizarse hechos dolosos. Pues, aunque todo argumento en pos de una potencial coautoría imprudente ciertamente deba elucidar el objeto de referencia de dicha acción conjunta, el hecho de que una repartición de roles no pueda tener cabida en este ámbito no es en absoluto algo auto-evidente. Por esto, en principio, no hay obstáculo alguno para afirmar que también puede realizarse conjuntamente un injusto imprudente.

En cambio, más dudas podría suscitar la expresión “hecho”. En efecto, si esta última ha de interpretarse en correspondencia con el comportamiento *por* el cual se responde jurídico-penalmente, surge el interrogante de si quienes infringen una exigencia de cuidado acaso no estarían realizando conjuntamente un hecho diverso⁹⁹². A esta vía argumental recurre Gropp, descartando la posibilidad de una coautoría imprudente sobre la base de que autor solo puede ser quien actúa de manera típica. Por añadidura, coautor es quien, de cara a la realización de un tipo *penal*, actúa con otros en división del trabajo. De ello se sigue —siempre según Gropp— que, por ejemplo, tratándose de quienes votan como miembros de un órgano colegiado o de dos sujetos que hacen rodar rocas desde la

⁹⁹¹ BOTTKE, GA (2001), pp. 470 y s.

⁹⁹² Así, por ejemplo, WEIßER, JZ, 5 (1998), p. 233: “comisión conjunta en los delitos imprudentes es la ejecución conjunta de la acción contraria a cuidado”.

cima de un monte, no podría hablarse de coautoría, pues ni la votación como tal, ni el hecho de hacer rodar rocas, constituyen en sí mismas acciones típicas. No hay, pues, una *lex scripta* que amenace tales comportamientos bajo pena⁹⁹³. Por último, a partir del tenor de estas consideraciones, que básicamente controvierten la fundamentación de una coautoría con cargo en la *sola* realización conjunta de un comportamiento contrario a cuidado, puede actualizarse una temprana preocupación de Roxin, a saber: la de castigar como delitos de resultado puro lo que no pasan de ser meras creaciones conjuntas de peligro⁹⁹⁴. Pues aquello en lo que finalmente descansa esta crítica es en la preocupación que suscita la pretensión de examinar los delitos imprudentes de resultado justamente sin comprender el resultado típico⁹⁹⁵.

A contrapelo de lo que invitarían los términos en que está formulada, la respuesta a esta crítica no pasa por considerar a la infracción de la respectiva exigencia de cuidado como integrante del comportamiento antinormativo⁹⁹⁶, ni tampoco en hacer del resultado una condición objetiva de punibilidad. Al contrario, tal como se ha insistido en esta investigación, cabe partir reconociendo que la infracción de una exigencia de cuidado no forma parte de la clase de acción cuya ejecución se encuentra prohibida o es requerida por los respectivos tipos resultativos, y que, en efecto, es necesario que el comportamiento conjunto produzca o no impida el resultado descrito en tales tipos, para que así el primero devenga en antinormativo. Más bien, el asunto implicado concierne exclusivamente — esta vez sí— a la estructura del injusto imprudente, y solamente de manera incidental a la coautoría: la objeción gira en torno a la distinción entre dos clases de comportamiento — la infracción imputable de una medida de cuidado y la realización inevitable del tipo—, discernibles independientemente de la clase de relación agencial (individual o compartida) subyacente. El autor individual de un injusto imprudente, al igual que dos o más potenciales coautores, también se encuentra privado de la capacidad de evitar actualmente la realización del tipo. Luego, respecto del sujeto al que se imputa como autor directo la realización de un injusto imprudente también podría plantearse la pregunta acerca de en qué medida ha realizado ese “hecho”.

⁹⁹³ GROPP, *GA* (2009), p. 270. Con argumentos similares, en el sentido de que el concepto de hecho en la coautoría no abarca comportamientos contrarios a cuidado, por ejemplo, BOTTKE, *GA* (2001), p. 471; DONATSCH, *SJZ*, 7 (1989), pp. 113.; HARDTUNG, *MK-StGB*, 3ª ed., § 222/73; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 55 y s. En contra, KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips*, p. 246: el §25 II StGB habla de hecho punible, no de hecho punible doloso.

⁹⁹⁴ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., p. 534, aceptando por entonces una coautoría imprudente, pero descartándola con base en ese argumento para cierto supuesto de causalidad aditiva (el del llamado *Caso de los petardos*).

⁹⁹⁵ En esa línea, BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 300, aunque en el contexto de una crítica a la posibilidad de un proyecto de acción sin una referencia de sentido delictiva.

⁹⁹⁶ En cambio, según WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 233, esta crítica se dejaría responder afirmando que la comisión conjunta en el delito imprudente es la propia ejecución conjunta de la acción contraria a cuidado. Desde ese punto de vista, la posibilidad de una coautoría imprudente no aparecería en contradicción con el tenor literal de la ley, sino, al contrario, podría derivarse a partir de este.

Pero lo anterior, en el marco del injusto imprudente, no representa ningún rompecabezas. Según se ha reiterado, lo propio de la imprudencia, como estructura de imputación extraordinaria, es que el autor carezca de la posibilidad de evitar la realización del tipo, y que, sin embargo, pueda imputársele *qua* imprudente en la medida en que dicha incapacidad se deje reconducir a la infracción imputable de una medida de cuidado que le era posible y exigible adoptar. Ello permite dotar de una lectura agencial lo que *prima facie* solo toleraría una lectura circunstancial del evento en cuestión⁹⁹⁷. Y nada distinto ocurre tratándose de casos en los que la infracción de una exigencia de cuidado es atribuible, como acción conjunta, a dos o más sujetos. Por ende, el “hecho” que se imputa como injusto imprudente o doloso es el mismo, y solo varían las razones por las cuales ese hecho es subjetivamente imputable bajo alguna de tales modalidades de evitación.

A reserva de la tesis que respecto de este grupo de casos se defenderá⁹⁹⁸, cabe por de pronto registrar lo siguiente. En el *Caso de las rocas rodantes*, por ejemplo, puede distinguirse la infracción conjunta de una medida de cuidado —no abstenerse de ejecutar un comportamiento peligroso o, cuando menos, no haber adoptado las medidas de seguridad pertinentes para no lesionar o causar la muerte de alguien—, en tanto que inmediatamente previa al comportamiento conjunto consistente, en este caso, en causar la muerte de un pescador. Sin embargo, la infracción conjunta de aquella medida de cuidado no constituye el objeto de imputación —no es el “hecho” de cuya posible imputación a título de coautoría se trata—, sino el fundamento que permite que el quebrantamiento de la norma que prohíbe matar a otro sea imputado como una infracción de deber imprudente a dos o más sujetos.

Debido a lo anterior, si, en el *Caso de las rocas rodantes*, quienes hicieron rodar las rocas hubiesen advertido la presencia de un pescador, así como el hecho de que, por esa vía, probablemente condicionarían su muerte, entonces la coautoría en un homicidio doloso habría tenido el mismo objeto de imputación que en el caso original. De hecho, es perfectamente factible también una hipótesis de “combinación dolo-imprudencia”, en la medida en que se mantenga la convergencia cognitiva e intencional entre los potenciales coautores⁹⁹⁹. Por ejemplo: desde la cima de un monte, *A* y *B* hacen rodar conjuntamente una roca con el propósito de destruir el lujoso yate de *C*, creyendo erróneamente que no hay ninguna persona al final de la ladera; sin embargo, junto con destruir el yate —tal como lo habían anticipado—, la pesada roca también ha causado la muerte del pescador

⁹⁹⁷ Sobre la distinción entre lecturas agenciales y circunstanciales de un evento, SCHROEDER, *Philosophical Review*, 2011 (120), pp. 11 y ss.

⁹⁹⁸ Cfr. *infra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.2.

⁹⁹⁹ Por esto, los supuestos que se ilustran en el texto no son casos de “coautoría mixta”.

D, circunstancia que no ha sido prevista por *A* y *B*. De ser factible en este caso un concurso entre los delitos de daños (imputables a dolo) y homicidio (imputable a imprudencia), ciertamente, parecería extraño considerar que *A* y *B* solo serían coautores respecto del primer hecho, y que, sin embargo, la muerte de *D* tendría que resultarles imputable bajo el régimen de sendas autorías directas (paralelas). Otros supuestos estructuralmente similares pueden construirse por referencia a delitos cualificados por el resultado — siempre que este último, al menos, sea atribuible a título de imprudencia, y no como manifestación de mera responsabilidad objetiva—, cuando es fácilmente reconocible una coautoría respecto del delito que sirve de base¹⁰⁰⁰. Por ejemplo: *A* y *B* arrojan cerillas en un monte, iniciando así un incendio forestal, pero ignoran la existencia de una cabaña habitada situada en las cercanías del monte, y que, a causa de la dirección en que sopla el viento, las llamas estarían cerca de alcanzarla¹⁰⁰¹. En un supuesto como el anterior, no parece razonable afirmar que el título de intervención delictiva aplicable dependa, aquí, de la contingencia de la dirección en que ha soplado el viento y de la existencia no prevista —aunque previsible— de una casa en las cercanías. Es decir, que la responsabilidad de *A* y *B* como coautores solo se configure en el supuesto de que les sea imputable un incendio forestal a título doloso, y que, en cambio, quepa hablar de dos autorías directas paralelas para el caso de que a cada uno se impute a título imprudente —con arreglo a los artículos 358, en relación con el 352, segundo párrafo, del CPE— un delito de incendio agravado por el peligro para la vida de otra persona.

En síntesis, lo imprudente no es un comportamiento antinormativo distinto, sino una propiedad predicable del que es objeto de imputación, a saber, la propiedad de ser susceptible de imputar a uno o más sujetos a título de imprudencia, debido a no haber adoptado (previamente y de manera imputable) la medida de cuidado correspondiente¹⁰⁰².

Por otro lado, la objeción consistente en que el hecho que es objeto de imputación en un injusto imprudente es distinto del de uno doloso, a raíz de que en el primero no existe una capacidad de evitación actual de la realización del tipo que sí está presente en el segundo,

¹⁰⁰⁰ Utilizan este argumento en favor de una coautoría imprudente también SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, pp. 237 y s.; WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 233.

¹⁰⁰¹ El ejemplo está tomado de CORCOY BIDASOLO, *Los delitos de peligro*, p. 305, quien lo aplica a un caso de autoría directa, pero concluye, como aquí, que a ese sujeto solo resultaría imputable un delito de incendio agravado por el peligro para la vida de otro por imprudencia.

¹⁰⁰² Como se sugirió a propósito de la construcción del nexo de imputación en la imprudencia, por *comportamiento contrario a cuidado* cabría entender básicamente la falta de adopción de una medida de cuidado (como estándar evaluativo); la infracción imputable de esa medida de cuidado *puede* servir como base para la imputación de un injusto imprudente (como mecanismo adscriptivo), en la medida en que, efectivamente, bajo un déficit en las propias capacidades de evitación, y cuyo aseguramiento habría posibilitado la adopción de aquella exigencia de cuidado, se ejecuta o deja de ejecutar algún comportamiento que satisface la descripción de la clase de acción prohibida o requerida en un tipo de la Parte especial. En ese caso, será este último comportamiento, que constituye el objeto de imputación, el susceptible de imputar como *injusto imprudente*. Por esto, el “hecho” no es distinto al de un injusto doloso.

es un planteamiento al que subyace un compromiso con la idea de que las propiedades fundadas en la intencionalidad de cierto comportamiento —en este caso, la capacidad de evitación intencional respecto de algunas de las consecuencias causales que podrían derivarse del mismo— conduciría, por sí misma, a discurrir sobre comportamientos numéricamente distintos. Esto último es lo que se conoce como una “tesis de grano fino” o “intensionalista”, en el contexto del argumento sobre la individuación de acciones. Como ya se ha señalado anteriormente¹⁰⁰³, estas tesis tienen el inconveniente de presentar la relación entre una acción y su respectivo(s) resultado(s) no como una relación de carácter causal, sino más bien lógico-conceptual. Con ocasión del desarrollo del modelo de análisis que aquí se sugiere para la coautoría en el injusto imprudente habrá oportunidad de volver sobre este extremo.

Por último, no está demás recordar que la expresión “hecho” —como la utilizada en los artículos 28 del CPE y 15 del CPCh, por ejemplo—, no discrimina y, por ende, puede comprender tanto los hechos dolosos como imprudentes¹⁰⁰⁴.

Tras concluir de este modo la revisión de las principales críticas dirigidas contra la posibilidad de una coautoría imprudente, podrá haberse advertido que la mayoría impugnan su viabilidad teórica, pero, en cambio, son menos las que controvierten directamente los resultados a los que conduce su aplicación. Dado que el rechazo a una imputación a título de coautoría no suele descansar en una falta de merecimiento o de necesidad de pena, tales reparos generalmente vienen acompañados de propuestas de solución alternativas de cara a las constelaciones que suelen tematizarse en este contexto, y no, en cambio, por alegatos favorables a su impunidad.

III. Soluciones alternativas a la coautoría imprudente

Del mismo modo en que la objeción consistente en la falta de necesidad de recurrir en este ámbito a la coautoría debía haber mostrado no solo la disponibilidad de alternativas, sino también la preferencia de tales opciones frente a la coautoría imprudente, la sucesión del debate sigue siendo bidireccional, en el sentido de que, tras haber examinado críticamente las principales resistencias contra la posibilidad de aplicar la coautoría al injusto imprudente, corresponde ahora someter a comparación su capacidad de rendimiento frente a tales otras soluciones teóricas.

¹⁰⁰³ Cfr. *supra* Cap. III, apdo. II.1.

¹⁰⁰⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 213; ROXIN, *PG*, t. II, § 25/242.

1. La imputación de autorías directas paralelas

La coautoría pertenece al género de la pluralidad de autores. Por ello, en nada debiese sorprender que quienes descartan su aplicación a hechos imprudentes, por faltar alguno de sus presupuestos constitutivos, traigan a colación otras estructuras de imputación que permitirían seguir dando cuenta de la concurrencia del comportamiento de varios sujetos, y en las que todos ellos revestirían simultáneamente la condición de autor.

La solución anterior se expresa directamente a través del reconocimiento de una autoría paralela (*Nebentäterschaft*). Esta figura —a la que en la discusión hispanohablante también se ha denominado “autoría accesoria” o “autoría yuxtapuesta”— sería aplicable a varios sujetos cuyos comportamientos convergen, sin que exista entre ellos una relación de intervención delictiva¹⁰⁰⁵. Nótese que, desde esta perspectiva, la afirmación de sendas autorías paralelas no descansa en ningún fundamento adicional¹⁰⁰⁶. Ni siquiera representa una solución *stricto sensu*, sino más bien una consecuencia de la ampliación que experimentarían el concepto de autor o el objeto de imputación en el injusto imprudente. Dicha falta de fundamentación autónoma, como enseguida se verá, obedece a la heterogeneidad de expedientes a los que se recurre con el propósito de justificar la calidad de autores directos atribuida a sujetos respecto de quienes, de antemano, y por diversas razones, se tiene por excluida una posible relación de coautoría.

Como fuese analizado en la *Primera parte* de esta investigación, a propósito de las concepciones unificadoras, una vía estandarizada de dar solución a la concurrencia del comportamiento de varios sujetos por imprudencia consiste justamente en *negar* una relación de intervención entre ellos. Para esto, formulado genéricamente, se sostiene que cuenta como autor todo aquel que, mediante la infracción de un deber de cuidado, contribuye a la realización del respectivo tipo¹⁰⁰⁷. Tratándose de sujetos que actúan conjuntamente de manera contraria a cuidado, esta solución se respalda adicionalmente

¹⁰⁰⁵ De hecho, en su origen, la expresión justamente habría tenido la función de hacer explícito el hecho de que, mientras en los delitos dolosos puede haber coautoría, en los imprudentes, en cambio, solo cabría esta “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*). Al respecto, véase FINCKE, «Der Täter neben dem Täter», *GA* (1975), pp. 163 y 168, quien señala que el concepto sería atribuible a von Liszt, quien lo acuñó justamente al analizar el varias veces mencionado ejemplo de los trabajadores que descuidadamente arrojan una viga. En el mismo sentido, MURMANN, *Nebentäterschaft*, pp. 130 y s., mencionando que la autoría paralela originariamente habría sido concebida como un instituto propio de la imprudencia.

¹⁰⁰⁶ Para una crítica de la autonomía conceptual de la llamada autoría paralela, fundamental, FINCKE, *GA* (1975), pp. 162 y ss.

¹⁰⁰⁷ Sobre la crítica a este planteamiento cabe remitir a consideraciones previas en *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.5.

en el hecho de que no se configura el llamado elemento subjetivo de la coautoría. Sobre esa base se invocan sendas autorías paralelas¹⁰⁰⁸.

Esta misma salida, la pluralidad de autorías paralela, es defendida por quienes presentan algunos casos paradigmáticos como supuestos de “co-causación”. Así, tomando como referencia el *Caso de las rocas rodantes*, se ha sostenido que no es necesaria una imputación recíproca de acciones en el sentido de una coautoría, pues autor de un delito imprudente es todo aquel que, a través de un comportamiento contrario a cuidado, ha (co)causado el resultado¹⁰⁰⁹. Con otras palabras, la coautoría es innecesaria en la medida en que la infracción del respectivo deber de cuidado sea causal para la producción del resultado. Por esto, según señalan algunos, no existiría dificultad alguna en que cada uno responda por un homicidio imprudente a título de autoría directa¹⁰¹⁰.

Pero la tesis de la “co-causación”, que, en principio al menos, podría aplicarse a casos de causalidad cumulativa —aun planteando la necesidad de explicar en qué medida esa co-causación fundamenta antinormatividad—, enfrenta serios obstáculos en supuestos de “causalidad aditiva”. En ellos, por definición, se desconoce la eficacia causal de cada comportamiento individualmente considerado, por lo que no puede verificarse que, individualmente, cada sujeto habría co-causado el respectivo resultado. De ahí que, en lugar de lo anterior, algunos autores acudan a la teoría del incremento del riesgo. De esta manera, y de nuevo con respecto al *Caso de las rocas rodantes*, se ha sostenido que las autorías paralelas de los jóvenes que hicieron rodar las rocas desde la cima del monte se fundamentaría en el incremento conjunto de un riesgo que se ha realizado en un resultado, previsible y cognoscible, imputable a ambos¹⁰¹¹. Con ello, que no pueda acreditarse quién hizo rodar la concreta roca que causó la muerte del pescador no sería un obstáculo para afirmar sus respectivas autorías. Hay quienes acuden también a la teoría del incremento del riesgo para fundamentar la causalidad de aportes individuales en constelaciones de resultados sobrecondicionados, de modo que en ellas tampoco sería necesario recurrir a la coautoría imprudente¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ Así, recurren a la “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*), por ejemplo, EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., § 25/87; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 63 I. 3; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 29ª ed., § 25/13; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 7ª ed., § 47/105 y ss.

¹⁰⁰⁹ Así, EISELE, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 12ª ed., § 25/88.

¹⁰¹⁰ Por referencia al *Caso de las rocas rodantes*, véase DONATSCH, *SJZ*, 7 (1989), p. 113; HARDTUNG, *MK-StGB*, 3ª ed., § 222/72; ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 25/221. Por referencia al *Caso de la viga*, véase PUPPE, *GA* (2004), p. 145, aunque recurriendo a la teoría de la condición mínima suficiente; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 723. Refiriéndose a otro caso, estructuralmente similar al de la viga, HERZBERG, *Täterschaft*, pp. 72 y s., señala que el castigo por imprudencia de los sujetos queda fijado por el hecho de que cada uno “ha co-causado el resultado de manera contraria a deber. Luego, la pregunta es puramente conceptual: ¿coautoría o autoría paralela?”

¹⁰¹¹ Así, GROPP, *GA* (2009), p. 275.

¹⁰¹² Así, BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 73 y ss., y p. 80.

Ahora bien, ambas vías de fundamentar sendas autorías paralelas son problemáticas. En primer lugar, ya la propia expresión “co-causación” pareciera sugerir que varios comportamientos individuales causan conjuntamente un determinado resultado: solo se puede *co-causar* algo con o conjuntamente con otro. En el *Caso de la viga*, aun cuando se esté ante un supuesto paradigmático de causalidad cumulativa, que cada comportamiento revista relevancia causal para la producción del resultado no permite oscurecer el hecho de que, en ese caso, los comportamientos a partir de cuya conjunción se obtiene una condición mínima suficiente para el acaecimiento de ese resultado no han sido desplegados de manera independiente¹⁰¹³. Con ello, que un sujeto haya realizado un comportamiento relevante para la explicación causal de un resultado nada dice sobre su condición de autor (directo)¹⁰¹⁴. Por esto, probablemente también desde la perspectiva de un profano sería extraño que se considere a *A* y *B* autores directos, cada por uno por referencia a un comportamiento individual que habría co-causado la muerte de un transeúnte, y no, en cambio, como coautores, por referencia a un comportamiento conjunto. Razonar estos supuestos desde la óptica de una pluralidad de autorías directas supone asumir que hay dos hechos delictivos distintos. De ahí que, aun en los casos menos problemáticos desde una perspectiva causal, la imputación de sendas autorías paralelas tampoco sirva como un instrumento de análisis idóneo, en la medida en que cada comportamiento ha sido ejecutado como parte de una acción conjunta.

Esta última consideración se hace extensiva también a la pretensión de identificar —sea con arreglo a una “co-causación”, sea con arreglo a la teoría del incremento del riesgo— sendas autorías paralelas en ciertos supuestos de resultados sobrecondicionados, a saber, aquellos en donde existe una redundancia entre condiciones individualmente

¹⁰¹³ Desde luego, individualmente considerado, un comportamiento exhibirá la misma relevancia causal, tanto si es susceptible o no de ser redescrito, bajo una lectura alternativa, como parte de una acción conjunta. Por ejemplo, si dos conductores colisionan y, a causa de ello, muere el pasajero de uno de los automóviles, del mismo modo en que en el *Caso de la viga*, podría sostenerse que el comportamiento de ambos conductores es una parte necesaria de una condición mínima suficiente (la colisión) para que se produzca la muerte de otro. Que la explicación causal se construya cumulativamente (como en el *Caso de la viga* y el de la colisión recién indicado) no fundamenta ni excluye la existencia de una relación de agencia, ni, por tanto, la base para una eventual relación de intervención delictiva. Pues la pregunta por la causalidad solo permite relacionar eventos, explicando qué es lo que ha ocurrido, pero no ofrece aún una respuesta acerca de por qué ni bajo qué modalidad uno o más sujetos han de responder por ese suceso. Para lo anterior, basta por ahora considerar una diferencia crucial: en el *Caso de la viga*, los sujetos podrían y tendrían que haberse abstenido de arrojar conjuntamente la viga, mientras que en el supuesto de una colisión la capacidad de evitación es estrictamente individual.

¹⁰¹⁴ Probablemente una razón por la cual la tesis de la co-causación ha tenido cierta recepción en la doctrina alemana estriba en el tenor literal del § 222 StGB —“quien cause la muerte de una persona por imprudencia, (...)”—, y que ha servido de base para la defensa de un sistema unitario de intervención en ese país. En España, en cambio, a pesar de la redacción del artículo 142 CPE, este argumento no ha tenido éxito. Para otros argumentos en favor de esta última interpretación, véase *supra* Cap. Cuarto, apdo. I.2.

insuficientes, pero conjuntamente suficientes¹⁰¹⁵. Esto es lo que ocurre en los supuestos de decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados cuando se obtienen más votos de los necesarios para alcanzar la mayoría. Si bien es cierto, al ser parte integrante de una (de alguna de las posibles combinaciones para la formación de una) condición mínima suficiente, cada voto exhibiría individualmente relevancia causal para la adopción del acuerdo (y así, para la producción o el no impedimento de cierto resultado), debe notarse que esa redundancia se obtiene justamente después de que el comportamiento de los miembros del órgano es puesto en conexión entre sí, por lo que el resultado *deviene* en sobrecondicionado. Como se verá más adelante, esto permite afirmar que la coautoría sigue siendo la estructura más apropiada para problematizar ese grupo de casos¹⁰¹⁶.

Por lo demás, sería igualmente extraño “convertir” en una pluralidad de autorías directas un suceso que, de haber sido atribuido a dolo, probablemente se imputaría a título de coautoría. Por ejemplo, retornando al *Caso de la viga*, si los trabajadores hubiesen advertido la presencia de un transeúnte, y aun así hubiesen arrojado encima suyo el pesado material, la imputación de un potencial homicidio doloso a título de coautoría se exhibiría como una solución más plausible que la de dos autorías directas en sendos homicidios doloso. En efecto, más allá de la (idéntica) relevancia causal que en uno y otro caso exhibiría cada comportamiento individualmente considerado, la coautoría permitiría explicitar que se trata de *un* hecho, que ha sido realizado mediante una acumulación de esfuerzos, y no, en cambio, de dos hechos diversos, que cada uno de los autores directos habría realizado por sí solo.

Por su lado, la teoría del incremento del riesgo, que por su propia naturaleza resulta más laxa que la tesis de la co-causación, tampoco consigue solucionar de manera satisfactoria los casos de causalidad aditiva¹⁰¹⁷. En el *Caso de las rocas rodantes*, precisamente porque se desconoce la eficacia causal del comportamiento individual de los dos protagonistas, no es posible aseverar que, en efecto, el resultado haya sido concreción del riesgo que cada uno *individualmente* habría creado, lo que pone de manifiesto que la responsabilidad penal por la muerte del pescador dependía decisivamente de que sus comportamientos discretos fuesen sometidos a una interpretación unificadora. A la inversa, cuando pretenden fundamentarse sendas autorías directas con base en la creación o incremento de un riesgo *conjunto*, subrepticamente se está acudiendo al efecto constitutivo propio

¹⁰¹⁵ Si la redundancia se genera entre causas suficientes entre sí, entonces se trataría de casos de causalidad alternativa. Por ejemplo: desde la cima de dos montes distintos, tanto *A* como *B* arrojan una roca; ambas rocas impactan al pescador *C*. Un informe pericial determina que el impacto de cada una de las rocas habría sido suficiente para que la muerte de *C* tuviera lugar exactamente en el mismo instante en que se produjo.

¹⁰¹⁶ Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. II.3.

¹⁰¹⁷ Crítico ya sobre la posibilidad de que el solo incremento del riesgo pueda fundamentar una imputación en tales casos, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 285.

de la coautoría, pero prescindiendo de sus presupuestos. En esa medida, también es posible advertir aquí una infracción del principio de autorresponsabilidad, pues a todos se estaría imputando como propia la acción causante del resultado, en circunstancias de que se sabe que no todas las acciones, individualmente consideradas, lo han causado. Por el contrario, desde una lectura distributiva de los comportamientos desplegados por cada sujeto —como la aplicada al favorecerse una pluralidad de autorías individuales—, la única solución que puede venir en consideración es la exoneración de responsabilidad en virtud del principio *in dubio pro reo*. Esto implica, por lo demás, que la incertidumbre acerca de quién ha realizado el comportamiento que causó el resultado en cuestión no es un factor que pueda compensarse por un (eventual) favorecimiento psíquico, como salida residual respecto de aquel cuya intervención individual —si bien también de manera incierta— podría no haber causado el resultado¹⁰¹⁸.

Con lo señalado hasta el momento solo ha intentado mostrarse que no todos los casos de coautoría imprudente son susceptibles de solucionar por la vía de la de una pluralidad de autorías directas, o de una manera que, al menos, siga siendo compatible con el principio de autorresponsabilidad, y que, incluso en aquellos casos en que podría observarse una superposición entre las estructuras de la autoría directa y de la coautoría, existen buenas razones para favorecer esta última, en la medida en que fundamenta y explica mejor la responsabilidad de tales (co)autores.

Ahora bien, las consideraciones efectuadas hasta ahora dejan intacta la posibilidad de que, en algunos casos, efectivamente, no lleguen a configurarse los presupuestos propios de la coautoría y de que, por ende, solo podría afirmarse la responsabilidad de dos o más sujetos como autores bajo un régimen de autorías paralelas. Lo importante es anticipar que bajo el nombre de “autoría paralela” no se designa una categoría especial, ni, por ende, una especial fundamentación de la condición de autor de un sujeto. Sobre su delimitación con la coautoría y grupos de casos más relevantes, se volverá al finalizar esta investigación.

¹⁰¹⁸ Así, sin embargo, incluyendo la colaboración psíquica como supuesto de comisión conjunta, GROPP, *GA* (2009), p. 276. Próximo, ROTSCHE, *FS-Puppe*, p. 906, quien, a propósito del *Caso de las rocas rodantes*, señala que no opera el principio *in dubio pro reo*, pues acordar la realización de ejecutar un comportamiento contrario a cuidado ya fundamenta la correspondiente infracción del cuidado debido, por lo que A y B (quienes han hecho rodar las rocas) ya serían autores directos de un delito imprudente. Sobre este último caso, también STRATENWERTH, *PG*, 4ª ed., 15/79, señala que a cada uno de los intervinientes podría haberse imputado la participación psíquica en la decisión al hecho del otro y, por esta vía, el resultado. Asimismo, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 724 y s., señala que, en el *Caso de las rocas rodantes*, existiría una “causalidad de motivación recíproca” (*wechselseitige Motivationskausalität*) entre A y B, al animarse mutuamente a participar de un juego peligroso; así, sobre la base de un concepto unitario de autor, cada uno se haría responsable entonces de un homicidio imprudente. En el mismo sentido, y a propósito del mismo caso, véase DONATSCH, *SJZ*, 7 (1989), p. 113. Críticos sobre este modo de proceder, KNAUER, *Kollegialentscheidung*, pp. 186 y s.; RENZIOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/119.

2. La solución basada en la comisión por omisión

Otra alternativa a la coautoría imprudente es la que discurre sobre la base de garantes omitentes. Formalmente, como las anteriores, también se trata de una hipótesis de pluralidad de autores individuales, empero, la clase de norma cuyo quebrantamiento se imputa a los sujetos en cuestión, así como la vía que se propone para vincular su comportamiento, hacen pertinente un análisis diferenciado.

Pues bien, quien acude a las reglas generales de la comisión por omisión, podría partir de la siguiente base: si dos o más sujetos realizan conjuntamente una acción peligrosa, es necesario que ambos adopten las respectivas de medidas de aseguramiento que permitan frustrar con cierta probabilidad la lesión de un determinado bien jurídico. Dado que hay casos en los cuales no puede probarse la imputación objetiva entre ese comportamiento riesgoso y la producción de cierto resultado, cabe entonces considerar la posibilidad de una comisión por omisión¹⁰¹⁹. Lo anterior se sustentaría en el hecho de que, de manera subsidiaria, los sujetos que realizan un comportamiento arriesgado serían responsables cuando menos por el no impedimento del resultado en que se materializan tales riesgos.

Desde la perspectiva así sintetizada, Walder, refiriéndose, entre otros ejemplos, al de dos trabajadores que arrojan trozos de tejas defectuosas desde un techo, causando una de ellas lesiones a un transeúnte, pero desconociéndose cuál de los trabajadores la arrojó, ha concluido que, en consideración a la peligrosidad de cada una de las partes de la tarea emprendida conjuntamente, los trabajadores *A* y *B* estaban obligados a adoptar medidas de precaución, cada uno para sí y para el otro¹⁰²⁰. En aras de reforzar la capacidad de rendimiento de la injerencia en este ámbito, Walder señala que no solamente pueden existir “comunidades de peligro”, que fundamentan deberes de protección respecto de los miembros de la comunidad, sino que también pueden darse “comunidades peligrosas”, en las que, para sus miembros individuales, se generan deberes de supervisión respecto de los riesgos que entraña la finalidad perseguida por la propia comunidad. Con ello, concluye Walder, en el *Caso de las rocas rodantes*, aunque se desconozca qué roca causó la muerte del pescador, esta podía imputarse a ambos sujetos, en la medida en que cada uno debió haberse preocupado de aplicar medidas de precaución eficaces no solo de cara al comportamiento propio, sino también al del otro¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ Cfr. WALDER, *FS-Spendel*, pp. 367 y ss.

¹⁰²⁰ WALDER, *FS-Spendel*, p. 368.

¹⁰²¹ WALDER, *FS-Spendel*, p. 370. Acoge aquella opinión para este mismo ejemplo, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 723, sosteniendo que los tejadores, en su condición de garantes, tendrían que haber cumplido sus respectivos deberes de aseguramiento en el tráfico. Por su lado, JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/292, la presenta como una posible alternativa de solución para el llamado *Caso de las velas*.

Los problemas de esta alternativa de solución comienzan ya por la forma en que se constituiría el objeto de imputación. Al recurrirse a un delito impropio de omisión, queda absolutamente oscurecido el hecho de que el resultado, en el grupo de constelaciones tratadas, es producido por la acción desplegada por los mismos sujetos a quienes pretende imputársele su falta de impedimento. Es decir, a partir de la redescrición del respectivo hecho como el quebrantamiento de una norma de requerimiento se desvirtúa el curso efectivo del suceso¹⁰²². En efecto, como resulta evidente en el *Caso de las rocas rodantes*, el objeto de imputación no descansa en la condición negativa de no haber impedido la muerte de un pescador, al no haberse adoptado medidas de precaución eficaces mientras se hacen rodar rocas desde un monte, sino en haber condicionado positivamente una modificación perjudicial para el bien jurídico de una persona, transformando un estado de vida por un estado de muerte.

Por otra parte, que todo injusto imprudente suponga la “falta de adopción” de una acción auxiliar previsoras —el llamado “momento omisivo de la imprudencia”—, por supuesto, no significa que la infracción de una exigencia de cuidado sea susceptible de ser reformulada como la infracción de una norma de requerimiento, desde ya, porque, bajo un régimen de *crimina culposa*, solo esta última infracción constituye un comportamiento antinormativo. Las exigencias de cuidado son estándares de comportamiento destinados a resguardar el conjunto de capacidades que le permitirán a uno o más sujetos, llegado el momento, estar en condiciones de —si se lo proponen— *ejecutar* una instancia de acción debida, o bien, de *abstenerse de ejecutar* una instancia de acción prohibida, en los respectivos tipos de la Parte especial. Las normas de requerimiento, en cambio, se concretan en el deber de *ejecutar* una determinada clase de acción, la cual, tratándose de tipos resultativos, ha de contar como una acción potencialmente impeditiva de la producción de una clase de resultado. Por esto, el deber de un garante —como obligación *situacional* fundamentada por una norma de requerimiento— recae sobre una acción cuya ejecución *inmediatamente* habría de impedir la producción de cierto resultado. La medida de cuidado es auxiliar, dado que solo prepara las condiciones para ello. Así, la falta de adopción de medidas de aseguramiento solamente podría fundamentar una imputación a título de imprudencia, pero no podría constituir objeto de imputación en un delito impropio de omisión, pues un comportamiento contrario a cuidado no representa *desde ya* la falta de ejecución de una acción impeditiva. Por esto, en los delitos impropios de omisión la relación de equivalencia estructural y material ha de ser predicada entre la producción y el no impedimento de un resultado¹⁰²³, y no, en cambio, entre su producción

¹⁰²² Así, WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 236. En el mismo sentido, véanse las observaciones críticas de KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 95; PFEIFFER, *JURA*, 8 (2004), p. 522.

¹⁰²³ Fundamental al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2003, pp. 462 y ss.

y la sola falta de adopción de la o las medidas de cuidado que habrían permitido a uno o más sujetos estar en condiciones de impedirlo.

Por lo demás, aunque posible, es puramente contingente la circunstancia de que la infracción de una exigencia de cuidado por sí misma genere actualmente un riesgo de tal entidad que sitúe a los sujetos en la condición de garantes por injerencia. Sea como fuere, en algunos casos la solución de la comisión por omisión tropezará con la dificultad de que ya una capacidad física de evitación tendría que estar excluida. En el *Caso de las rocas rodantes*, aunque se estimase que el actuar precedente de los jóvenes ha creado un riesgo de cuyo control o inocuización se hacen hechos competentes, una vez que las pesadas rocas se han hecho rodar, la velocidad adquirida las vuelve incontrolables, por lo que no se genera la respectiva oportunidad de evitar (físicamente) que tal riesgo se concrete en el resultado. En ese sentido, es mucho más verosímil el reproche que recae sobre un comportamiento que podrían haberse abstenido de realizar, que el de no impedir un resultado cuya materialización escapa a su control¹⁰²⁴.

La principal prestación que desempeñaría el recurso a una comisión por omisión en estos casos reside en que, en principio, tornaría innecesario probar qué sujeto ha realizado la acción causante del resultado, en tanto se haya probado que ninguno de ellos adoptó la medida de aseguramiento respectiva¹⁰²⁵. Sin embargo, así no se superan las dificultades probatorias que suscita la intervención de varios en supuestos de causalidad aditiva. Pues, aunque se invocara en estos casos la existencia de una “causalidad hipotética”, si permanece incierto el factor acerca de cuál acción causó el resultado, correlativamente, también lo estará la información respecto de quién ha omitido impedir dicho resultado. Con otras palabras, para que un sujeto pueda quebrantar una norma de requerimiento tiene que habersele generado la oportunidad de ejecutar una acción impeditiva del resultado en cuestión, lo que, a su vez, presupone que ese mismo sujeto no haya realizado una acción productiva de ese mismo resultado, pues, de lo contrario, se le estarían dirigiendo dos expectativas de comportamiento recíprocamente incompatibles: abstenerse de producir *x* y, al mismo tiempo, impedir la producción de *x*.

En la propuesta de Walder, este último aspecto intenta solventarse por la vía de exigir a los sujetos la adopción de medidas de precaución que abarquen el comportamiento del otro. Pero ello genera otra dificultad de envergadura: la falta de un fundamento que

¹⁰²⁴ Sobre la dificultad de hablar aquí de un actuar precedente, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 39. Pero incluso así —es decir, aun afirmada la posición de garante de ambos sujetos— de ello no se sigue que se trate de una infracción *común* de deber. En ese sentido las críticas de KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 97; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 127.

¹⁰²⁵ Aunque justamente el recurso a la dogmática del delito omisivo solo para evadir dificultades probatorias resulta en sí mismo objeto de crítica. Al respecto, KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips*, p. 252.

permita levantar deberes de aseguramiento referidos al comportamiento de terceros, de una forma tal que ello se compadezca tanto con el carácter autorresponsable del tercero, como con el principio de propia responsabilidad¹⁰²⁶. Semejante posibilidad, sin embargo, solo parece pertinente en la medida en que el comportamiento de terceros ya esté incluido en la esfera propia de responsabilidad, esto es, que no surjan de manera sucesiva. La tesis comentada, al utilizar la estructura de la autoría individual (aunque sean varios los garantes omitentes), transita el camino exactamente opuesto: a partir de la intervención individual en una “comunidad peligrosa”, supone factible inferir deberes de aseguramiento referidos al actuar de cada uno de los participantes en dicha comunidad de riesgos¹⁰²⁷. Más allá del parentesco de esta categoría con una responsabilidad solidaria, y de la amenaza de retornar a formas de *versari in re illicita*, cabe aquí enfatizar que la posibilidad de ampliar la esfera propia de responsabilidad a través de acciones *conjuntas* solo la suministra el carácter constitutivo de la coautoría.

3. Comisión conjunta (no constitutiva de coautoría) de un delito imprudente

De acuerdo con la opinión de algunos autores, el rechazo de una coautoría imprudente no excluye la posibilidad de apreciar un delito imprudente realizado conjuntamente o junto con otros. En esta línea destaca el planteamiento de Gropp¹⁰²⁸. Según su opinión, la coautoría no podría aplicarse a los delitos imprudentes, pues el plan común de la coautoría tiene como objeto la realización conjunta no de cualquier hecho, sino de un hecho *punible*. No obstante, sería apresurado afirmar a partir de ello que no pueda existir alguna “cooperación imprudente”. Por ejemplo, como muestran los casos paradigmáticos de estudio, en el *Caso de las rocas rodantes*, los sujetos quieren arrojar rocas desde la cima del monte; en el *Caso del espray para cuero*, los miembros del órgano colegiado quieren votar una determinada decisión, etc.¹⁰²⁹ Por esto, el rechazo de una “coautoría imprudente” no significa que, en el ámbito de la producción imprudente de un resultado, la realización de un comportamiento conjunto también sea irrelevante¹⁰³⁰. En virtud de la creación o del incremento conjunto de un riesgo que se realiza en el resultado, todos estos sujetos pueden ser responsabilizados por el mismo, para lo cual no es necesario recurrir a la coautoría, bastando las reglas generales de los delitos imprudentes. Así, en el *Caso*

¹⁰²⁶ Sobre la incompatibilidad de esta tesis con el principio de responsabilidad por el hecho propio, véase PFEIFFER, *JURA*, 8 (2004), p. 521; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 286; WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 236. Ahora bien, como se señala en el texto, la crítica en cuestión no significa excluir absolutamente la posibilidad de que, en ciertos casos, puedan existir deberes de aseguramiento referidos al comportamiento de terceros autorresponsables; no es esto todo el problema, sino el hecho de que surjan *ex post factum*, sin que exista una relación de garantía previa.

¹⁰²⁷ Por esto, con razón, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 127, denuncia la presencia de una *petitio principii*: la pregunta justamente es si acaso el deber de garante es común.

¹⁰²⁸ Para esto y lo que sigue GROPP, *GA* (2009), pp. 273-279.

¹⁰²⁹ Cfr. GROPP, *GA* (2009), p. 272.

¹⁰³⁰ *Ibidem*, p. 273.

de las rocas rodantes, según Gropp —quien acoge un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes—, no existe una intervención en coautoría en el hecho (punible), sino una intervención recíproca en la decisión de cada uno de hacer rodar las rocas cuesta abajo. De este modo, el fundamento de la causalidad por medio de comportamiento conjunto no se seguiría de la afirmación de una coautoría, sino del incremento conjunto de un riesgo que, en ese caso, se ha realizado en la muerte de un transeúnte¹⁰³¹. Ahora bien, a diferencia de la coautoría, por un lado, esta comisión conjunta en hechos imprudentes (“*gemeinschaftlichen Begehung bei Fahrlässigkeitstaten*”) no requeriría de la existencia de un “proyecto común de acción”; por otro lado, dado que en tales delitos no es necesario que los sujetos actúen “conjuntamente” con otro, sino que basta que lo hagan “junto con otro” (*miteinander*), nada impide que el *minimum* de dicha cooperación, de cara al establecimiento del nexo causal entre esta y el resultado, se vea satisfecho por actos constitutivos de favorecimiento, incluidos supuestos de complicidad psíquica¹⁰³². En síntesis, según Gropp, en los delitos imprudentes todos los coagentes (*Mitwirkenden*) son autores. Pero ellos no son coautores en el sentido del § 25 II StGB, sino solo autores paralelos de un hecho punible cometido imprudentemente, pues su plan del hecho no comprende el resultado típico¹⁰³³.

Recientemente, en una monografía dedicada al tema, Böhringer se ha adscrito parcialmente a esta última tesis. Al igual que Gropp, considera que no es posible fundamentar una imputación a título de coautoría imprudente, mas de ello no se sigue que, bajo ciertas circunstancias, los delitos imprudentes no puedan ser cometidos conjuntamente. En sus palabras:

“Como acertadamente afirma Gropp, en esta pregunta no se trata ni de una restricción ni de una extensión del concepto de autor en los delitos imprudentes, sino de la ubicación de una acción ejecutada conjuntamente en la estructura de los delitos imprudentes”¹⁰³⁴.

Así, en el *Caso de la viga*, ejemplifica Böhringer, no habría necesidad de recurrir a la coautoría imprudente. Desde la perspectiva de un observador objetivo puede apreciarse una acción ejecutada conjuntamente a través de la cual cada uno (de los operarios) crea un riesgo jurídicamente desaprobado. En consecuencia, cada uno podría ser

¹⁰³¹ *Ibidem*, pp. 274 y s.

¹⁰³² *Ibidem*, pp. 275 y s.

¹⁰³³ GROPP, *GA* (2009), p. 279.

¹⁰³⁴ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 304. Con todo, a diferencia de Gropp, Böhringer no considera que, además, existan razones *de lege lata* para excluir una potencial coautoría imprudente; más bien, niega que sea posible hablar de un proyecto de acción conjunta que permita vincular a los presuntos coautores imprudentes, amén de que se trataría de una figura innecesaria en casos de resultados sobrecondicionados.

responsabilizado por un homicidio imprudente¹⁰³⁵. Para ello —y siguiendo en esto una idea sugerida antes por Hardtung—, puntualiza Böhringer que el § 25 II StGB no legitima la construcción de ningún colectivo¹⁰³⁶, pues, aun cuando se fundieran los §§ 25 II y 222 StGB —que disciplinan la coautoría y el homicidio imprudente, respectivamente—, de ello no se obtendría más que el siguiente contenido: “quien cause conjuntamente la muerte de una persona por imprudencia, será castigado (...)”; o bien, “si varias personas causan conjuntamente la muerte de una persona por imprudencia, cada uno será castigado (...)”, etc. Lo importante, según Böhringer, es que, en cualquier caso, esto no liberaría del hecho de que la imprudencia de cada sujeto deba ser individualmente causal para el resultado típico¹⁰³⁷. Así y todo, según Böhringer, tampoco resultaría apropiado hablar aquí de una “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*), puesto que ella no designa más que un caso de autoría directa, que carece de un contenido material propio¹⁰³⁸. En consecuencia, en el *Caso de la viga*, los operarios son autores directos de un homicidio imprudente, con la particularidad de que realizan el tipo conjuntamente. Es relevante enfatizar esta última nota, puesto que, a diferencia de la coautoría, aquí seguiría siendo necesario que cada sujeto realice todo el tipo. De ahí que, en contraste con Gropp, Böhringer manifieste dudas respecto de la plausibilidad de esta vía de solución —la comisión conjunta del delito imprudente— en el *Caso de las rocas rodantes*, en el que permanece incierto el nexo causal entre las acciones individuales y el resultado. A su juicio, podría intentar fundamentarse el reproche de imprudencia en acciones previas, como un acuerdo, pero, en caso contrario, no habría razones convincentes para hacer una excepción al principio *in dubio pro reo*¹⁰³⁹.

Ya se ha anticipado en esta investigación que el carácter conjunto de la acción que infringe una exigencia de cuidado es importante incluso antes de fundamentar una imputación a título de coautoría. En efecto, que intervengan varios sujetos en dicha acción puede afectar, entre muchos otros aspectos, al grado de previsibilidad de la realización de un determinado tipo delictivo, determinar la aplicación del principio de confianza, o incidir (y decisivamente) en la articulación del nexo de imputación, en términos tales de

¹⁰³⁵ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 304 y s. En cambio, no aplica esta solución a la variante del caso de la viga formulada por Otto —en lugar de arrojar juntos una viga, dos sujetos arrojan vigas de manera sucesiva—, pues no podría interpretarse el comportamiento del otro sujeto como la creación de un nuevo riesgo propio, y viceversa.

¹⁰³⁶ La referencia a un colectivo se explica por el hecho de que, de acuerdo con lo que se desprende del análisis crítico que Böhringer ofrece de las principales vías de fundamentación teórica de una coautoría en los delitos imprudentes, la mayoría de ellas acabarían comprometidas con la afirmación de un colectivo de coautores. Cfr. BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 297-303.

¹⁰³⁷ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 278.

¹⁰³⁸ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 305.

¹⁰³⁹ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 306. Nótese así la envergadura de la concesión que Böhringer hace al sugerir una excepción al principio *in dubio pro reo* cuando antecede un acuerdo entre los sujetos en orden a la creación conjunta de un riesgo. Como Böhringer, véase ya ROTSCHE, *FS-Puppe*, p. 906.

mostrar qué es aquello que dos o más sujetos podrían haber estado en condiciones de evitar, si hubiesen aplicado conjuntamente cierta medida de cuidado.

Dicho esto, frente a la alternativa arriba expuesta, la primera cuestión que viene en consideración es si las reglas generales del injusto imprudente y, en su caso, la aplicación de los criterios de imputación objetiva, realmente están en condiciones de dar cuenta de las singularidades que exhibe la interacción de varios sujetos en este ámbito, como de resolver los problemas de codelinuencia que dicha interacción suscita. Pues, al margen de que, según algunos, cabría decir que (*lato sensu*) también los partícipes intervienen en la creación o incremento de un riesgo común, aquí el aspecto capital descansa en que el carácter conjunto del comportamiento que crea o incrementa el riesgo en cuestión necesita ser objeto de consideración *también* a propósito de la modalidad de intervención delictiva aplicable. De lo contrario, si únicamente viniese a colación en el análisis de la infracción de la respectiva exigencia de cuidado, en contra de lo que expresa Böhringer, sí se estaría ampliando el alcance de la autoría individual (directa) en el injusto imprudente.

El *Caso de la viga* precisamente pone de relieve dicha extensión. Como ya fuese señalado, por tratarse de una acción causalmente compleja, bajo la descripción “arrojar una viga”, lo realizado por los dos operarios se exhibe como una acción indisolublemente conjunta. En cambio, si se aplica una lectura individualizadora del hecho —como la patrocinada por Gropp y Böhringer— ya no se encuentra disponible una descripción bajo la cual el movimiento corporal ejecutado por cada operario cuente como “arrojar una viga”, por lo que, en este caso, el tipo de homicidio ha sido realizado conjuntamente. Como se anticipó, lo anterior no quiere decir que otros supuestos de causalidad cumulativa no puedan llegar a ser instancia de autorías directas paralelas —*v. gr.*, las colisiones automovilísticas—, sino solamente que, en un caso como el arriba mencionado, la razón por la cual cada comportamiento exhibe relevancia causal para la explicación del acaecimiento de ese resultado —en tanto que partes necesarias de una condición mínima suficiente— reside en que ambos se despliegan como partes de una acción conjunta.

Para certificar cómo se amplía el concepto de autoría directa en el injusto imprudente, en detrimento de la coautoría, bastaría con considerar, de nuevo, la variante dolosa del *Caso de la viga*. Pues, desde el instrumental teórico favorecido por Gropp y Böhringer, probablemente, no sería problemático sostener que la creación conjunta *dolosa* de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado fundamenta no dos homicidios dolosos en autoría directa, sino más bien uno, imputable a título de coautoría.

Apoyándose en el carácter meramente declarativo que asigna a la regulación de la coautoría, Böhringer señala que no habría ningún obstáculo para construir en términos

“individualistas” la respectiva instancia de comisión conjunta¹⁰⁴⁰. Al margen de los reparos que suscita dicha interpretación, ya trabajados críticamente antes, ha de advertirse que el argumento en cuestión —a saber, que la realización conjunta del hecho es susceptible de subsumir directamente en los tipos de la Parte especial— solo controvierte la necesidad de una regulación expresa de la coautoría, pero no afirma que esta, cuando se encuentra regulada, pueda además desarticularse en un set de autorías directas. Esto último —conclusión a la que finalmente habría de conducir el análisis de Böhringer— alteraría la correspondencia que debiese existir entre la clase de comportamiento que satisface la descripción típica (aquí, un comportamiento conjunto) y el respectivo título de imputación (según la tesis que se comenta, una pluralidad de autorías individuales).

Por último, la revisión de las tesis ofrecidas por Gropp y Böhringer requiere poner atención en la relación existente entre *acción conjunta*, *realización conjunta del hecho*, e imputación a título de *coautoría*, toda vez que, a tenor de sus propuestas, tales categorías parecerían presentarse bajo una dependencia conceptual notablemente flexible. Al respecto, en primer término, cabría recordar que no toda acción conjunta da lugar a la realización conjunta de un “hecho” (esto es, un comportamiento prohibido o requerido en la Parte especial). Por ejemplo, coagentes que realizan conjuntamente actos constitutivos de participación; sujetos que realizan conjuntamente una acción, pero la que solo fundamenta la calidad de autor de uno de ellos, como ocurre en ciertos delitos de “participación necesaria”; o bien, si solo uno de los sujetos reviste la calidad exigida en un delito especial. Por esto, la condición de coautores requiere que el comportamiento conjunto de dos o más sujetos cuente, a la vez, como la realización conjunta de un hecho. Según la tesis que aquí se ha sugerido al respecto, para ello se precisa que los aportes de los coautores sean susceptibles de interpretar como una unidad típica de acción. Y esto último es crucial, ya que la función constitutiva de la punibilidad que eventualmente puede llegar a desempeñar la coautoría —aquella que permite imputar a los potenciales coautores la realización de un tipo delictivo, a pesar de que sus contribuciones individuales puedan no satisfacer enteramente su descripción— solo opera cuando se han cumplido los presupuestos que justifican adscribir un comportamiento a dos o más sujetos *qua* acción conjunta. Por ello, al proponerse —como hacen las tesis arriba reseñadas— que la realización conjunta del hecho puede ser independizada de la coautoría, simultáneamente se está renunciando al fundamento que autoriza a imputar a título propio acciones que son realizadas conjuntamente (y no solo junto) con otros. Así, puesto que la posibilidad de *describir* un *comportamiento* como realización conjunta de un hecho está sujeta a condiciones menos exigentes que las que permiten *imputar* su realización como *acción* conjunta, Gropp y Böhringer pueden afirmar que, a pesar de no ser procedente una

¹⁰⁴⁰ BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 274 y ss., especialmente p. 279.

coautoría imprudente, todavía cabría hablar de una “comisión conjunta imprudente”. Todo el problema, sin embargo, descansa en que la imputación de sendas autorías individuales, así construidas, estarían aprovechando la función constitutiva de la coautoría sin que se cumplan los presupuestos que legitiman su aplicación.

Luego de un repaso de las principales alternativas que se han ofrecido para resolver los grupos de casos que generalmente se discuten a propósito de una coautoría imprudente, podrá apreciarse que el rechazo a esta última estructura de imputación no suele estar acompañado de argumentos que hablen en favor de una solución de impunidad para tales constelaciones, sino que, por el contrario, tienden a afirmar la responsabilidad de los sujetos involucrados con cargo a una pluralidad de autorías directas, para cuya justificación se recurre a diversos expedientes teóricos. La suposición de que una acción conjunta puede descomponerse en acciones individuales agregativas que pretendidamente seguirían siendo capaces de exhibir en forma autónoma el mismo significado que portarían cual si fuesen “partes de una acción conjunta”, como se ha insistido, designa una solución que no puede reclamar operatividad sin antes pagar el alto precio de ampliar los contornos del objeto de imputación, o bien de la autoría directa.

IV. Presentación y análisis estructural de algunas de las posibilidades constructivas para una coautoría imprudente

Como fuese anticipado, en la dogmática española la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente no suele ser objeto de resistencia. El CPE no establece diferenciación alguna entre injustos dolosos e imprudentes en el marco regulatorio de la intervención delictiva, y ello conduce a que la mayoría defienda, también en el ámbito que aquí interesa, una concepción diferenciadora de interviniente. En la dogmática alemana, por su lado, pese a que, como se ha visto, existe una larga tradición de rechazo, cada vez son más las propuestas que favorecen la compatibilidad entre ambos criterios de imputación.

En términos generales, lo que mancomuna a las construcciones que enseguida se examinarán es que todas tienen por finalidad, por un lado, superar las críticas formuladas contra la plausibilidad teórica de una coautoría imprudente, así como, por el otro, ofrecerse como un rechazo a las tesis que a través de diversos expedientes intentan reconducir la solución de estas constelaciones a la pluralidad de autorías individuales.

Ahora bien, puesto que varias de las siguientes opiniones representan una especificación de criterios generales de coautoría que han sido objeto de análisis previo, o bien, dado que, a pesar de su heterogeneidad, guardan entre sí importantes puntos de contacto, la atención se concentrará aquí básicamente en dos aspectos con arreglo a los cuales se

intentará priorizar un análisis estructural de tales propuestas. De un lado, la manera en que se articula el vínculo intersubjetivo entre los coagentes en un injusto imprudente (en caso de que se exija), lo cual implica indagar, tanto si dicho elemento es desde ya distinto al que caracteriza a la coautoría en un injusto doloso, o bien, si es que dicho nexo está dotado de un contenido unitario, pero respecto del cual su objeto de referencia requiere ser adaptado a la imprudencia. La otra parte del análisis atenderá a la forma en que se articula el carácter colectivo del comportamiento descuidado susceptible de imputar, según tales variables constructivas, a título de coautoría.

1. Algunas alternativas sobre el vínculo intersubjetivo exigible entre coautores de un injusto imprudente

La misma multiplicidad de fórmulas que ofrece el desarrollo del nexo intersubjetivo de la coautoría a nivel general se presenta también en su aplicación a la imprudencia. Este escenario, sin embargo, desde un plano conceptual se presenta aquí incluso más erizado de dudas, pues la estructura propia de la imprudencia añade la complejidad de determinar respecto de qué comportamiento en particular debiese predicarse este elemento. Entre las principales alternativas bajo las cuales se tematiza dicho presupuesto “subjetivo”, ya no unánimemente aceptado, se encuentran las que enseguida se exponen¹⁰⁴¹.

1.1. Consciencia de actuar u omitir conjuntamente

Una primera forma de estructurar el vínculo entre los coagentes consiste en exigir la consciencia de estar cooperando todos a la realización de una cierta acción u omisión conjunta. A partir de esta vía, Zimmerl pudo afirmar que una verdadera coautoría existe ya solo por la colaboración a una determinada acción, enunciando con ello la posibilidad de una coautoría entre dos actuantes imprudentes, entre un actuante doloso y otro imprudente, e incluso la que denominase como combinación entre un inculpable y un actuante doloso o imprudente¹⁰⁴². Sobre la base de un argumento similar, también Bettiol consideró factible el concurso culposo. En este último, el concurrente no quiere la producción del resultado, sea porque no lo ha previsto (culpa inconsciente), sea porque no lo considera realizable (culpa consciente), sin embargo, sí debe haber voluntariedad de la propia conducta imprudente, y también consciencia de acceder a la acción de otro¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ Sobre las críticas al carácter presuntamente subjetivo de dicho presupuesto de la coautoría, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.3.

¹⁰⁴² ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, p. 107.

¹⁰⁴³ BETTIOL, *Scritti Giuridici*, t. I, p. 18.

Acaso el representante contemporáneo más reconocido en esta línea sea Otto. Según su concepción de coautoría en el delito imprudente, quienes son conscientes de que una cooperación, prestada en división del trabajo con otros, crea o incrementa un peligro cuya concreción en el resultado es previsible, devienen en conjuntamente responsables por dicho resultado¹⁰⁴⁴. En otro lugar, Otto ha referido esta exigencia a los siguientes elementos: la consciencia de intervenir en un suceso que crea o incrementa un peligro, que es ejecutado en división del trabajo y que está sujeto a una dirigibilidad conjunta. Aunque el peligro en sí mismo no necesita ser reconocido por los intervinientes, dicha peligrosidad, así como la realización del peligro en la lesión del bien jurídico, sí deben ser aspectos previsibles para estos¹⁰⁴⁵. En los delitos omisivos, Otto señala que la creación o incremento del riesgo se corresponde con el acuerdo entre los intervinientes referido a la no evitación o disminución de un riesgo, pese a estar obligados jurídicamente a ello¹⁰⁴⁶.

La tesis ofrecida por Kamm es fundamentalmente similar, aunque, a diferencia de Otto, niega que una decisión conjunta en hechos imprudentes pueda exhibir el mismo significado que en los dolosos, pues solo en estos últimos tendría el efecto de fundamentar una solidaridad entre los coautores¹⁰⁴⁷. Según Kamm, la consciencia de los intervinientes de crear o incrementar en división del trabajo el peligro de lesionar el bien jurídico de otro es un criterio que puede equipararse con el plan común del hecho, propio de los delitos dolosos. Lo singular de esta propuesta descansa en que dicha consciencia no solo debe extenderse a la acción u omisión conjunta de los coautores, sino además a la relación de dependencia recíproca que los aportes individuales al hecho habrían de guardar entre sí de cara a la producción o no evitación del respectivo resultado¹⁰⁴⁸. Como luego se verá, esto se explica a raíz de que Kamm exige como elemento característico de la coautoría imprudente que el comportamiento desplegado por los coautores sea de tal clase que su ejecución objetivamente necesite de la actuación de más de un sujeto. Además, también en oposición a Otto, niega que la pura cognoscibilidad de los factores de riesgo antes mencionados sea suficiente para satisfacer este requisito de la coautoría imprudente¹⁰⁴⁹.

En la dirección general recién señalada, para fundamentar la mancomunidad en el aspecto “subjetivo” entre los intervinientes, también Weißer prioriza la necesidad de que los coautores sean conscientes de actuar u omitir conjuntamente (consciencia de

¹⁰⁴⁴ Cfr. OTTO, *FS-Spendel*, p. 282.

¹⁰⁴⁵ OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, p. 9; EL MISMO, *AT*, 7ª ed., § 21/117.

¹⁰⁴⁶ OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/118. Sin embargo, Otto (*ibidem*, § 21/119 y s.) considera que excepcionalmente podría renunciarse a este “elemento fáctico” de la coautoría en la medida en que exista una fundamentación normativa que permita vincular el comportamiento de varios sujetos, en tanto que unidad, sin necesidad de que estos se hayan coordinado.

¹⁰⁴⁷ Cfr. KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 199 y ss., 219.

¹⁰⁴⁸ Cfr. KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 100, 196-201.

¹⁰⁴⁹ KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 200.

cooperación), por sobre el hecho de que sepan que obran de forma contraria a cuidado o bien conforme a derecho. Pese a ello sería necesario, como elemento normativo de la coautoría imprudente, que los coautores estén conscientes del hecho de estar sometidos a un mismo deber de cuidado. Sin embargo, como puntualiza Weißer, este requisito no debe evocar el plan del hecho conjunto del delito doloso, pues en el delito imprudente lo que el autor voluntariamente realiza u omite impedir es el peligro causante del resultado¹⁰⁵⁰. Y puesto que dicho componente subjetivo se relaciona con la acción común externa, y no es necesario que los coautores reconozcan dicho peligro, agrega que no habría razones para limitarla solo a supuestos de imprudencia consciente¹⁰⁵¹.

Pues bien, la principal dificultad que afecta al conjunto de planteamientos reseñados radica en la evidente flexibilización que experimentaría el vínculo intersubjetivo entre coautores en un injusto imprudente. La mera consciencia de actuar de forma conjunta, especialmente a falta de precisión de que al menos dicha consciencia incluya una referencia a lo representado por los demás, impide desde ya que en el plano cognitivo pueda identificarse la aplicación de un “*modo-actitudinal-nosotros*”, indispensable, como aquí se entiende, para la afirmación de cualquier instancia de intersubjetividad práctica.

Ello explica que, así formulado, este elemento intersubjetivo de la coautoría imprudente acabe granjeándose sin injusticia la etiqueta de *minus* del plan conjunto del hecho doloso¹⁰⁵², haciendo ver en este último un requisito bastante más exigente que el arriba reseñado, aplicable a hechos imprudentes: estar consciente de actuar *junto con otro(s)* en división del trabajo es mucho más flexible que exigir la creencia (interactiva) de que se actúa *conjuntamente* bajo aquellas condiciones. Pero no solo eso. El objeto de referencia de dicha consciencia, a saber, una acción u omisión conjunta, todavía podría resultar impreciso, en el sentido de que el carácter riesgoso de tal comportamiento, por sí mismo, no hace ninguna alusión a la infracción conjunta de una exigencia de cuidado. En breve: los comportamientos imputables a dolo (eventual) también pueden haber sido advertidos como peligrosos por los coagentes en cuestión.

¹⁰⁵⁰ WEIßER, *JZ*, 5 (1998), pp. 236 y s.; HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./116.

¹⁰⁵¹ HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./116. Similar, KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips*, p. 260, quien, como elemento cognitivo, exige también una consciencia referida a la acción u omisión conjunta y al deber de cuidado al que estarían obligados los coautores.

¹⁰⁵² Para esta crítica, véase KNAUER, *Kollegialentscheidung*, p. 198; KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips*, p. 257.

Por razones análogas a las anteriores, tampoco resulta suficiente la sola “coordinación consciente” en el comportamiento desplegado por los sujetos¹⁰⁵³. Más allá de que el comportamiento de dos o más sujetos puede resultar coordinado de manera puramente casual, incluso si dicha coordinación fuese objeto de la representación de los coagentes, por sí misma no exhibe la capacidad de dar cuenta de los compromisos *prácticos* ínsitos en el despliegue de cualquier acción conjunta, y, por el contrario, podría seguir denotando nada más que meros comportamientos colectivos¹⁰⁵⁴.

De otra parte, el énfasis en un factor exclusivamente cognitivo, como es la consciencia de actuar conjuntamente, en detrimento del elemento intencional, hace brotar la sospecha de una excesiva sensibilidad a la crítica consistente en una falta de acuerdo mutuo o de decisión conjunta al hecho. Con ello, esta maniobra, además de dejar tras de sí una importante variación con respecto al concepto de coautoría en el injusto doloso, supone aceptar implícitamente que el acuerdo mutuo o la decisión conjunta al hecho han de incluir una referencia al resultado.

1.2. Acuerdo, proyecto o decisión conjunta de realizar una acción descuidada o riesgosa

Algo más que la mera consciencia unilateral o incluso recíproca de estar realizando una acción u omisión conjunta se solicita al conservarse, también para la coautoría imprudente, el requisito tradicional de un acuerdo de voluntades entre los coautores. Desde esta perspectiva, que representa probablemente la más extendida entre quienes admiten esta estructura de imputación, en principio, la variación solo afecta al objeto de referencia de este elemento de la coautoría, es decir, no entraña su sustitución, como sí ocurre con las tesis recién presentadas.

Efectivamente, en España, en donde la doctrina dominante desde hace tiempo admite genéricamente la coautoría imprudente¹⁰⁵⁵, la formulación más estandarizada, patrocinada tanto por representantes de teorías objetivo-formales como objetivo-materiales, la hace radicar en un acuerdo mutuo referido no al resultado, sino a la acción

¹⁰⁵³ Así, BLOY, GA (1996), p. 431. Véase también EL MISMO, GA (2000), p. 395, aunque enfatizando este elemento de coordinación en el contexto de la exigencia general de una decisión conjunta a la *acción*. En sentido próximo, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 204.

¹⁰⁵⁴ Por ejemplo, los conductores que aparcan sus automóviles en un estacionamiento realizan comportamientos necesariamente coordinados, pero no por ello estarán actuando conjuntamente, en términos de que las acciones de cada uno se entiendan como parte de una acción conjunta que racionaliza (esto es, que sirve de razón para) la ejecución de las primeras.

¹⁰⁵⁵ Así, ya ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed., p. 461; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, p. 330.

(imprudente o descuidada, según el caso)¹⁰⁵⁶. La limitación del acuerdo ejecutivo a la realización de una acción, con independencia de las consecuencias causales que se deriven de ella, es usualmente justificada con cargo a una característica inherente al injusto imprudente: la falta de previsión del resultado. Puesto que para la doctrina mayoritaria la infracción de una exigencia de cuidado forma parte del juicio de antinormatividad, esto es, del injusto típico imprudente, tampoco parece especialmente problemático que los coautores realicen conjuntamente el respectivo “hecho”, sin que su representación capte el resultado.

Especialmente, quienes patrocinan el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho se han preocupado de fundamentar la posibilidad de una coautoría imprudente. Así, para Luzón Peña, la coautoría imprudente descansa en la conjunción de varias conductas no cuidadosas realizadas de común acuerdo que co-determinan el curso del hecho¹⁰⁵⁷. También Díaz y García Conlledo puntualiza que ese acuerdo, que puede ser tácito y simultáneo, recae aquí sobre la realización de la acción descuidada¹⁰⁵⁸. Esencialmente en la misma línea se pronuncia Roso Cañadillas, cuya propuesta de coautoría imprudente también se hace eco de la exigencia de un acuerdo común, aunque dicha voluntad conjunta no pueda estar referida hacia la producción del resultado, pues esto último nunca se requiere en la imprudencia. Antes bien, según Roso Cañadillas, el acuerdo ha de estar referido a una acción descuidada, que es la que infringe la respectiva norma de cuidado, con independencia de que los coautores sean o no conscientes de ello¹⁰⁵⁹.

En términos similares a los anteriores se expresa Gutiérrez Rodríguez. Desde su punto de vista, el contenido del acuerdo entre los coautores debe adaptarse a la fisonomía del delito imprudente¹⁰⁶⁰. Así, lo necesario para una coautoría imprudente es el conocimiento y la voluntad de obrar conjuntamente en la realización de una acción u omisión contraria al deber objetivo de cuidado. Dado que no es indispensable el conocimiento del peligro por

¹⁰⁵⁶ En ese sentido, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., p. 753; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, p. 194; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., p. 378; JORGE BARREIRO, *La imprudencia*, p. 126; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, pp. 332 y s.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/24; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La “codelinuencia”*, pp. 31 y s.

¹⁰⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/51; EL MISMO, *ADPCP* (1989), p. 898 y s. Véase también LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, p. 406, nota 86; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados», *AFD* (1999), p. 206. Desde los presupuestos de esta teoría, favorece la posibilidad de una “coautoría con imprudencia”, pero relativiza la relevancia del acuerdo como fundamento de imputación recíproca, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, «La coautoría con imprudencia desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Una reinterpretación del papel del acuerdo para reforzar el carácter objetivo de la teoría», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 23 (2019), pp. 391 y ss.

¹⁰⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), p. 31.

¹⁰⁵⁹ Cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 580 y ss.

¹⁰⁶⁰ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad*, p. 214.

parte de los intervinientes, según Gutiérrez Rodríguez, también puede existir una vinculación subjetiva entre los intervinientes en casos de imprudencia inconsciente¹⁰⁶¹.

Asimismo, entre quienes han defendido la posibilidad de una coautoría imprudente en la literatura alemana, esta tesis reconoce minoritarios, aunque célebres representantes. Así, ya a decir de Frank, en cada caso el concepto de coautoría —dolosa o imprudente— exige, en la relación subjetiva entre los sujetos, la consciencia de una “base común” (*Gemeinschaftlichkeit*); y, puesto que dicha consciencia ha de ser bilateral, constituye un acuerdo. Ahora bien, es posible que semejante acuerdo no necesite dirigirse a la producción de un determinado resultado, y aun así apreciar coautoría, pues en los delitos imprudentes —agrega Frank— pertenece a la culpabilidad de cada coautor el hecho de no advertir las consecuencias que se originan de su actividad conjunta¹⁰⁶². De manera similar, Hanrath defendía la posibilidad de una coautoría imprudente sobre la base de que la ejecución conjunta de una acción punible puede tener lugar en la medida en que exista una comunión de voluntades entre los intervinientes, sin que ella esté referida a la comisión de un delito¹⁰⁶³.

De modo más contemporáneo, Bindokat reconoce en la “unión de voluntades”, nexo que dejaría mostrar a las actividades individuales como integrantes de una actividad común, una justificación de la “responsabilidad solidaria” de los coautores. La falta de semejante solidaridad conduce a que Bindokat rechace la coautoría imprudente en constelaciones antiguamente conocidas como “coautoría casual” (*zufällige Mittäterschaft*)¹⁰⁶⁴.

En lugar de un acuerdo, otros prefieren hablar de una decisión conjunta a la acción, y con arreglo a ella trabajar la aplicación de la coautoría a este ámbito. Generalmente, este argumento se desenvuelve en análoga dirección que el anterior: solo se requiere que los coautores decidan conjuntamente realizar una acción (imprudente o descuidada, según el caso), en tanto que cooperación consciente y querida dirigida a la consecución de un objetivo común (jurídico-penalmente irrelevante)¹⁰⁶⁵.

Pues bien, la elaboración más detallada en este último sentido la ofrece Häring. Como premisa cardinal, sostiene que la decisión conjunta al *hecho*, por tratarse de un acuerdo subjetivo entre los intervinientes para perpetrar un determinado delito en división del

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁶² FRANK, *Strafgesetzbuch*, 18ª ed., 1931, pp. 114 y s. Véase también MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, pp. 305 y s.

¹⁰⁶³ Cfr. HANRATH, *Mittäterschaft und Teilnahme*, pp. 25 y 29.

¹⁰⁶⁴ BINDOKAT, *JZ*, 13 (1979), pp. 436 y s.

¹⁰⁶⁵ BLOY, *GA* (2000), p. 395. Similar, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 70, aunque presenta a la decisión conjunta a la acción no como requisito, sino como fundamento de la imputación recíproca.

trabajo, representa un elemento propio de los delitos dolosos —que puede designarse, agrega Häring, como una especie de “dolo coordinado”—, y conceptualmente incompatible con los imprudentes: allí donde el nexo de voluntad falta para el autor individual, tampoco puede haberlo para el coautor¹⁰⁶⁶. Ahora bien, según Häring, esto no excluye la posibilidad de una coautoría en el delito imprudente, ya que la decisión conjunta de los sujetos puede estar dirigida a la ejecución, en división del trabajo, de una *acción* que, pese a perseguir un objetivo extratípico, acabe conduciendo al “resultado de la imprudencia” (*Fahrlässigkeitserfolg*). Así pues, con “acción” podría designarse un proceso que comprende la elección de los medios para la consecución de ese objetivo determinado, la consideración de posibles consecuencias paralelas y, por último, la efectiva utilización de los medios de acción escogidos. Mientras en el delito doloso —puntualiza Häring— es relevante el objetivo del “proceso de acción” conjunta, en el imprudente, en cambio, el elemento final de la acción (un objetivo de acción extratípico) es fundamentalmente irrelevante. El contenido de injusto del resultado causado por la acción descansa no en la dirección consciente de este, sino en la ejecución descuidada y contraria a deber de la acción como tal¹⁰⁶⁷. Por último, a diferencia de otras propuestas, cabe notar que la de Häring no hace radicar la decisión conjunta en la acción descuidada como tal, sino en una acción conjunta que tiene la propiedad de ser descuidada. De este modo: la decisión conjunta se vincula con la ejecución consciente y querida —dirigida en forma final— de la acción (conjunta), pero no con las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, que hacen que esta devenga en descuidada y contraria a deber¹⁰⁶⁸.

Ahora bien, de manera ligeramente diversa, hay quienes consideran necesario explicitar que la acción acordada o decidida conjuntamente por los coautores sea específicamente contraria a cuidado. Así, por ejemplo, Pfeiffer considera que no basta el mero acuerdo y la ejecución de un proyecto de acción, pues, para contrarrestar eficazmente el peligro de que se genere un desborde de la responsabilidad penal en el ámbito de la imprudencia, se necesita que los intervinientes realicen comportamientos que, bajo la forma acordada en su proyecto común, ya aparezcan como contrarios a un deber de cuidado¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ Cfr. HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 208 y s., y p. 218.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, pp. 202 y ss., 218, 365 y ss.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰⁶⁹ PFEIFFER, *JURA*, 8 (2004), p. 525. A propósito del *Caso de las cerillas*, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 142 y s., exige que el comportamiento conjunto no sea cualquiera, sino uno originariamente contrario a cuidado. Para una limitación similar, véase SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/242, ejemplificada a partir de una modificación del *Caso de las rocas rodantes*: si uno de los sujetos (B) interviniera cuando el otro (A) ya se ha decidido a arrojar una roca, y, por lo tanto, no hubiese ningún acuerdo que modifique el plan inicial del otro (el de A), entonces ya no habría una ejecución conjunta del hecho. Como consecuencia de lo anterior, si en dicha variante tampoco se supiera (como en el caso original) cuál roca causa la muerte del pescador, tendría que liberarse de responsabilidad a ambos sujetos. Con otras palabras: la acción basada en un plan común ya debe ser por sí misma objetivamente contraria a cuidado, por lo que no es suficiente que se haya acordado una cooperación objetivamente conforme a cuidado, en cuyo contexto de ejecución uno de los intervinientes actúa de manera descuidada. Por último,

Otras alternativas teóricas cifran su atención más bien en el carácter riesgoso de la acción u omisión conjuntamente desplegada por los coautores. En la dogmática española, Corcoy Bidasolo ha favorecido y desarrollado esta vía. En su opinión, un supuesto de coautoría imprudente puede configurarse en la medida en que exista “un acuerdo en la realización del riesgo por parte de dos o más intervinientes”¹⁰⁷⁰. Lo característico de esta forma de coautoría, según Corcoy Bidasolo, descansaría en que la “voluntad consciente” o “acuerdo” entre los sujetos implicarían una conducta “dolosa” en lo que concierne a la coautoría, pero no con respecto a la realización típica¹⁰⁷¹. De faltar dicha conexión, no podría hablarse de una realización colectiva del hecho, por lo que solo podría venir en consideración (en su caso) una “autoría accesoria”¹⁰⁷². Una aproximación en cierto grado similar ofrece en la dogmática alemana Schneider. Según su propuesta, los presupuestos de la coautoría forzosamente han de ser adaptados al concepto de imprudencia, en donde también puede haber una cooperación consciente y querida. Así, la diferencia con la coautoría en los delitos dolosos residiría fundamentalmente en que aquí la acción desplegada por los coautores está dirigida solo a una parte del suceso, la que crea un riesgo no permitido. Con ello, el conocimiento de los coautores solo necesita alcanzar al acuerdo (expreso o tácito) de desplegar una acción bajo circunstancias que son objetivamente indiciarias de estar creando un riesgo no permitido, así como al aporte que prestan a ese proyecto conjunto, y que ha de exhibir un significado funcional para este¹⁰⁷³.

Por último, aunque desde una distinta perspectiva teórica de la coautoría, también Hoyer centra la mirada en el carácter riesgoso de las acciones emprendidas por los coautores. Por referencia al *Caso de las rocas rodantes*, Hoyer sostiene que, por tratarse de un delito imprudente, no es preciso que los sujetos se hayan representado si la roca, que se hace rodar por sí mismo o por el compañero, causaría el resulta típico. En lugar de ello, el fundamento de la imputación descansaría en que ambos intervinientes, a través de su promesa recíproca (*gegenseitige Zusage*) a ejecutar acciones riesgosas no permitidas con respecto al objeto que representa un bien jurídico, provocan o incrementan su propia disposición a ejecutar semejantes acciones. De tal modo, desde el planteamiento de Hoyer, tanto en la coautoría en delitos dolosos como imprudentes, de lo que se trata es de

RENIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 433, exige que el comportamiento recíprocamente prometido debe ser contrario a deber ya bajo la forma acordada.

¹⁰⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, *LH-Schünemann*, p. 79.

¹⁰⁷¹ CORCOY BIDASOLO, *LH-Bajo Fernández*, p. 75.

¹⁰⁷² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 338 y s., 351 y s.

¹⁰⁷³ Cfr. SCHNEIDER, S., *Risikoherrschaft als Täterschaftsattribut und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte*, 2003, pp. 273 y ss. Según añade Schneider (cfr. *ibidem*, p. 276), la cooperación consciente y querida por parte de los coautores también puede referirse a la ejecución de un proyecto común que usualmente descansará en un suceso jurídico-penalmente irrelevante, pero, en cualquier caso, no puede estar dirigida a la lesión de un bien jurídico, pues, de ser así, habría dolo.

ejercer una especial influencia en el comportamiento del otro, por la vía de prometerse recíprocamente la ejecución de contribuciones antijurídicas. La única diferencia aquí es que tales aportes son imprudentes de cara a la producción del resultado¹⁰⁷⁴.

Pese a las diferencias conceptuales que separan a las tesis antes mencionadas, en lo que atinge a las consecuencias derivadas de su aplicación, no difieren sustancialmente. En el *Caso de la viga*, por ejemplo, una potencial coautoría imprudente quedaría fundamentada en virtud del acuerdo (proyecto o decisión conjunta) de los sujetos tendente a la realización de una acción conjunta (descuidada o riesgosa), aquí consistente en arrojar una pesada viga desde una azotea. Todas estas tesis coincidirían en que, con independencia de que los operarios no hayan previsto en ese momento la producción de la muerte de un transeúnte, es posible apreciar un único hecho. Asimismo, desde cada uno de tales planteamientos, la objeción de una presunta falta de resolución conjunta quedaría (en apariencia) suficientemente paliada por el hecho de que la imprudencia en sí misma presupone una falta de representación del resultado.

De momento, puede repararse en los siguientes aspectos. Tanto detrás de la exigencia de un acuerdo como de una decisión conjunta referida a la *acción* imprudente o descuidada (en contraposición a una decisión conjunta referida al *hecho*), late de nuevo la sospecha de que se intenta *adaptar* un elemento intersubjetivo cuya estructura originaria estaría siendo concebida bajo los términos del injusto doloso. A la distinción entre “acción” y “hecho” subyace la pretensión de excluir el resultado de la primera de tales categorías, en circunstancias de que el resultado es justamente co-constitutivo del tipo *resultativo* de cuya imputación a título de coautoría se trata. Más bien, el “hecho” es el mismo, tanto para el injusto imprudente como para el doloso; la circunstancia de que los coautores en un injusto imprudente, por necesidad, no incluyan la producción del resultado dentro de las consecuencias causales que se seguirían de la realización de cierta acción conjunta, no significa que no hayan “acordado” o “decidido” *ese mismo* hecho, sino que ese acuerdo o decisión no coincide con la descripción bajo la cual su comportamiento conjunto constituye un “hecho”, en el sentido de un tipo de la Parte especial.

Por el contrario, como se ha visto, algunas de las estrategias reseñadas tienden a introducir dentro del plano cognitivo de una acción conjunta un compromiso cognitivo de segundo orden, concerniente a la representación de los coautores con respecto a una determinada descripción bajo la cual podría subsumirse aquello que conjuntamente realizan (*v. gr.*, como acción conjunta contraria al riesgo permitido, acción peligrosa, descuidada,

¹⁰⁷⁴ Cfr. HOYER, «Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?», *FS-Puppe*, pp. 526, 528 y s.; EL MISMO, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/154.

etc.)¹⁰⁷⁵. Frente a esto, cabe reiterar que la falta de previsión de alguna de las consecuencias causales predicables de una acción conjunta no suprime la presencia de una relación de agencia compartida, que sigue presente desde otra u otras descripciones posibles bajo las cuales *ese mismo* comportamiento ha sido ejecutado intencionalmente.

Ahora bien, al margen de que, por las razones ya señaladas, la hipótesis de que estos compromisos cognitivos (de cuya consistencia depende que lo realizado por dos o más sujetos cuente como acción conjunta) están referidos a los elementos que fundamentan la respectiva clase de injusto (doloso o imprudente) representa en sí misma un problemático punto de partida, paralelamente, cuando se afirma —como se hace de manera extendida entre los defensores de esta estructura de imputación— que una coautoría imprudente podría construirse sobre la base de un acuerdo, de la decisión conjunta o de la promesa recíproca referidos a la realización de una acción *peligrosa*, aparece una dificultad adicional. Pues, aun cuando en un gran número de casos esta sea la forma en que fenomenológicamente se vuelven reconocibles las acciones conjuntas contrarias a cuidado, tales tesis parecen asumir un compromiso con la (conflictiva) articulación de la imprudencia como un dolo de peligro —o lo que es igual, una suerte de reformulación de la “resolución conjunta” como un “dolo común” dirigido a realizar un comportamiento peligroso—, en circunstancias de que aquello que realmente fundamenta la imprudencia, por contraste al dolo, no descansa en el peligro como propiedad supuestamente inherente a una acción descuidada, sino en la inevitabilidad del déficit que el o los agentes en cuestión padecen en sus capacidades físicas o epistémicas de cara a evitar la realización de un tipo delictivo¹⁰⁷⁶. Que semejante error coexista con una representación por parte de los coagentes del carácter peligroso del comportamiento que despliegan es ciertamente algo habitual, pero también contingente, pues dependerá de que aquellos sujetos identifiquen el incumplimiento de la respectiva medida de cuidado desde ya con la instanciación de

¹⁰⁷⁵ Con todo, esta observación no se hace extensiva a quienes acertadamente puntualizan que el “acuerdo” recae sobre la ejecución de una acción (que tiene la propiedad adicional de ser) descuidada, pero no, en cambio, sobre la ejecución de una acción *en tanto que* descuidada (riesgosa o contraria a cuidado). En este último sentido, por ejemplo, las posturas antes reseñadas de Gutiérrez Rodríguez y Roso Cañadillas, en España, y de Häring, en Suiza, aunque este último autor diferencia entre una decisión conjunta referida al hecho y una decisión conjunta referida solo a la acción, dependiendo de si se trata de delitos dolosos o imprudentes, respectivamente.

¹⁰⁷⁶ En este sentido, es justificada la observación crítica de VAN WEEZEL, *RCP*, 3 (2014), pp. 188 y ss., 200, quien advierte que las estrategias comentadas podrían acabar convirtiendo a los delitos imprudentes en delitos de peligro. Ahora bien, cabe notar que, en realidad, la crítica de van Weezel se dirige a todas las tesis que exigen un nexo intersubjetivo en el ámbito de la coautoría imprudente, pues, según su opinión, ninguna de estas podría fundar la “imputación de un resultado que necesariamente deben recortar en los casos en que su producción no es intencional”. Sin embargo, cabe recordar que la falta de correspondencia entre las consecuencias causales que se siguen de cierto comportamiento (que es objeto de imputación) y la representación del agente es precisamente la marca de un injusto imprudente. Que, concurriendo varios, ello determine la imposibilidad de una convergencia cognitiva e intencional referida al resultado no elimina una relación de agencia compartida que, como se ha visto, puede fundamentarse al margen de una creencia compartida que anticipe dicho resultado, ya que, en su caso, lo que variará no es el hecho sino el elenco de descripciones bajo las cuales lo realizado por los intervinientes ha sido ejecutado intencionalmente.

una clase de acción prototípica peligrosa¹⁰⁷⁷. Y aun de existir, la representación de dicha peligrosidad —si no fundamenta desde ya una imputación a dolo eventual— solo dificultaría el carácter excusable del error de tipo que padecen tales sujetos, o constituiría acaso un factor que agrave su imprudencia; mas la ausencia de aquella representación no necesariamente determinaría la exclusión de una imputación a título de imprudencia si los coagentes que se reconocen situados en la necesidad de adoptar una medida de cuidado conjunta, por alguna razón, no asociaran dicha falta de prestación con un comportamiento conjunto peligroso. De hecho, en algunos casos será precisamente la creencia errónea acerca de la falta de peligrosidad del comportamiento conjunto lo que podría ser indiciario de la infracción de exigencias de cuidado que habrían provisto de esa información¹⁰⁷⁸. En cualquier caso, lo fundamental es tener presente que, aun cuando contingentemente dos o más sujetos se representaran el riesgo asociado a su acción, esa no sería la razón para caracterizar a su comportamiento como imprudente; esto último presupone la presencia de un déficit epistémico que ha conducido a que los agentes no incluyan dentro del elenco de consecuencias causales que se seguirán de su comportamiento conjunto la materialización de ese riesgo¹⁰⁷⁹.

Por último, un problema adicional que se sigue de cercenar este elemento de la coautoría en procura de ajustarlo a la estructura de la imprudencia consiste en dar lugar a una falta de correspondencia con su elemento objetivo, ya que, en contraste con lo que dictaría un desarrollo consistente de tales planteamientos¹⁰⁸⁰, dicho elemento ha de seguir estando referido al comportamiento *antinormativo* que se imputa a título de coautoría. Pues al tematizarse la infracción de una exigencia de cuidado como la única acción conjunta en

¹⁰⁷⁷ Esto, dado el carácter inherentemente epistémico que envuelve la propia noción de “asumir un riesgo”, como probabilidad subjetiva de que un suceso tenga o no lugar. Cfr. MOORE, *Placing Blame*, pp. 411 y s.

¹⁰⁷⁸ A diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro, en donde la ejecución de una determinada clase de comportamiento es normativamente presumida como un factor de riesgo de cara a la realización de la correspondiente acción resultativa —con lo cual, la atención se centra ya no en la noción epistémica de “asumir un riesgo”, sino en la objetivación de una acción que institucionalmente pasar a contar como riesgosa—, la razón por la cual un sujeto debe aplicar cierta medida de cuidado, tratándose de delitos de resultado puros, no se infiere de una prohibición adicional de crear o incrementar cierta clase de peligros, sino a partir de la necesidad de asegurar las propias capacidades de evitación.

¹⁰⁷⁹ La tesis de la imprudencia como dolo de peligro, por un lado, deja oculto el hecho de que existe un error con respecto al hecho de que la producción de cierto resultado se encuentra dentro de las consecuencias que se seguirán de un determinado comportamiento, y, por otro, no permite explicar la imputación a título de imprudencia: que un sujeto haya obrado con “dolo de peligro” no es una razón para imputar la realización de un delito resultativo a título imprudente. Para la distinción entre el dolo en los delitos de peligro y la imprudencia (“consciente”) en los delitos de resultado, fundamental, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 295 y ss.; LA MISMA, *El delito imprudente*, 2ª ed., 188 y s.

¹⁰⁸⁰ Por vía de ejemplo, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 229 y ss., 239, para quien el elemento objetivo constitutivo de una base común entre los coautores no es la realización en división del trabajo del hecho —*scil.* del comportamiento que incluye el resultado de la acción descrita en el tipo—, sino la colaboración en división del trabajo de la acción (o acciones) que objetivamente aparecen como causa del “resultado de imprudencia” (*Fahrlässigkeitserfolgs*).

cuestión, queda oculto el hecho de que, después de todo, se trata de fundamentar una coautoría imprudente respecto de la realización del tipo, que también debe ser conjunta.

Recapitulando, cuando el nexo intersubjetivo entre los coautores en un injusto imprudente es construido por referencia a una acción conjuntamente contraria a cuidado o peligrosa, se reproduce el mismo problema que afecta a la articulación del nexo intersubjetivo entre coautores en un injusto doloso por referencia a la realización de un hecho delictivo, esto es, incluir como *requisito* de la coautoría contenidos que deciden el eventual criterio de imputación subjetiva aplicable.

1.3. Separación total del nexo intersubjetivo entre los coautores y los criterios de imputación subjetiva

Una posibilidad constructiva absolutamente distinta a las anteriores pasa por reconocer una plena independencia entre el contenido cognitivo (e intencional) del cual depende la configuración de una acción conjunta de aquel otro que determina el eventual criterio de imputación subjetiva aplicable.

Una clara diferencia de ambos planos es susceptible de reconocerse ya en la forma en que Binding se aproximara al problema de la coautoría, esto es, preguntándose: ¿cuán lejos es necesario que llegue la consciencia de comunidad de la acción (*Gemeinschaftlichkeit*) entre cada uno de los coautores?¹⁰⁸¹ A tenor de su concepción de coautoría: no tan allá como acostumbra a llegar la doctrina (todavía hoy) dominante. En efecto, para Binding basta que la voluntad de los coautores esté referida a la actuación conjunta, mas no a las formas de culpabilidad. Es decir, no es necesario que dicha voluntad conjunta sea antijurídica, de lo cual hablan —añade Binding— los casos de coautoría imprudente y de coautoría mixta¹⁰⁸². Conceptualmente sería enteramente posible imaginar tales supuestos, ya que en ellos no falta consciencia ni voluntad de actuar conjuntamente; si faltase, en cambio, solo podría venir en consideración una autoría mediata. Dicho con otras palabras, para Binding, la unidad de voluntad que constituye el hecho global (*Gesamttat*) se exhibe como una unidad de voluntades individuales que tienen en común el hecho de estar dirigidas a la misma acción, pero semejante vínculo no se extiende a las formas de culpabilidad, que revisten un carácter altamente personal¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 295.

¹⁰⁸² Cfr. BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 293 y s.; EL MISMO, *Die Normen*, t. IV, pp. 620 y ss.

¹⁰⁸³ BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 287 y s. Posteriormente, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 14/30 y s., asumirá una postura similar, sobre la base de que la pregunta acerca del dolo, la imprudencia o la inculpabilidad es totalmente independiente de la pregunta por la coautoría. Por lo tanto, un coautor puede actuar dolosamente, otro imprudentemente, y otro de manera inculpable.

En una dirección similar se incardinan los aportes de Dencker y Sung-Ryong. A partir de su tesis del “hecho global”, Dencker ha enfatizado la necesidad de separar lo que él denomina proyecto de acción y el “tipo subjetivo”. Ese proyecto, que para Dencker es el núcleo de lo que él desarrolla como “decisión al hecho conjunto” —en oposición a la doctrina tradicional que discurre en torno de una “decisión conjunta al hecho”—, en tanto que proceso de carácter comunicativo, representa un elemento más bien objetivo de la coautoría. A dicho elemento no pertenece el material psíquico de cada coautor, que ha de ser subsumido, por el contrario, bajo el respectivo “tipo subjetivo”¹⁰⁸⁴. Luego de oponerse a la doctrina alemana por entonces ampliamente dominante, según la cual en los delitos imprudentes no podría darse una decisión conjunta al hecho, Dencker sostiene que es perfectamente posible que en estos delitos exista un proyecto común de acción (*gemeinsames Handlungsprojekt*)¹⁰⁸⁵. La única variación es que, en lugar de una decisión al *hecho* conjunto, debería hablarse aquí de una decisión a la *acción* conjunta, así como, correlativamente, de una cooperación en división del trabajo dirigida a la realización de dicha acción. La parte del hecho (*Teiltat*) de cada interviniente será imprudente en la medida en que, para él, haya sido cognoscible que a través de su comportamiento podía contribuir a la realización de un comportamiento conjunto prohibido¹⁰⁸⁶. En la monografía de Sung-Ryong se encuentra un desarrollo consistente de tales postulados. En primer término, la realización conjunta, como elemento de la coautoría, aparece independizada de la finalidad perseguida por los coautores, bastando que cada interviniente sea consciente de que actúa conjuntamente con otros en ejecución de un plan común, con lo cual se asume en dicho planteamiento un concepto unitario de coautoría, aplicable tanto al injusto doloso como imprudente¹⁰⁸⁷. Al igual que Dencker, considera Sung-Ryong que la decisión a una acción o hecho conjunto, según el caso, es un elemento objetivo de la coautoría que, en tanto que acto de comunicación o proceso del mundo externo, aparece como un elemento indispensable para distinguir a la coautoría de la autoría paralela. Si falta la consciencia de la realización de un plan conjunto la imputación recíproca queda excluida¹⁰⁸⁸. Ahora bien, en este elemento, sin embargo, resultaría indiferente si los coautores actúan de manera dolosa o imprudente, pues puede estar dirigido tanto a una finalidad delictiva como a la realización de un hecho no punible¹⁰⁸⁹. En lo que concierne al “tipo subjetivo”, finalmente, es necesario que el coautor imprudente haya podido prever la producción del resultado como consecuencia de la

¹⁰⁸⁴ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, pp. 139, 152 y ss.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, p. 176.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, pp. 174 y ss., especialmente, pp. 178 y s.

¹⁰⁸⁷ Cfr. SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, pp. 215 y ss., 276, 281 y ss., 286 y ss., 315.

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 285.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, pp. 265, 282 y s.

ejecución del plan de acción conjunta, en tanto que presupuesto básico de toda autoría imprudente¹⁰⁹⁰.

Por su lado, la propuesta de Renzikowski también ofrece un tratamiento diferenciado entre lo que él denomina un proyecto común de acción (*gemeinsames Handlungsprojekt*) —no como presupuesto, sino como fundamento de imputación en la coautoría— y el “tipo subjetivo” de la propia coautoría, que incluiría, según el caso, el dolo o la imprudencia atribuible a cada coautor¹⁰⁹¹. En efecto, según Renzikowski, el plan del hecho constitutivo de la coautoría debe vincularse con un objetivo delictivo común, esto es, un proyecto de acción el cual —objetivamente considerado— constituye la realización de un riesgo no permitido¹⁰⁹². Sin embargo, precisamente a raíz de lo anterior, no es preciso que los coautores conozcan el carácter delictivo de la acción conjunta que despliegan, bastando que hayan podido y debido representárselo. Esto, pues, forma parte del tipo subjetivo de la coautoría. Y es la independencia plena entre ese proyecto común de acción y el criterio de imputación subjetiva eventualmente aplicable lo que finalmente determina que, para Renzikowski, los coautores podrían llegar a tener distintas representaciones del riesgo¹⁰⁹³.

Frister ofrece una estructura similar de la coautoría, partiendo de la base de que el plan común al hecho no debe identificarse con el dolo, y de que, en contraste con lo que señala la doctrina dominante, se trata de un elemento objetivo del tipo, no subjetivo¹⁰⁹⁴. Así, según Frister, dado que el plan del hecho debe referirse únicamente a la acción conjunta, los intervinientes pueden conocerlo, aun cuando, con respecto a los demás elementos del tipo, actúen solo de manera imprudente¹⁰⁹⁵. Lo anterior permite entender por qué, desde esta perspectiva, sería factible la divergencia en los criterios de imputación subjetiva en los coautores. En efecto, según Frister, sería imaginable que, por ejemplo, si *A* y *B* arrojan una pesada roca a la autopista, de manera que solo *A* cuenta con la posibilidad de que ella impacte a un conductor, pero no así *B*, podría castigarse al primero como coautor en un homicidio doloso, y al segundo, en cambio, como coautor en un homicidio imprudente¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, pp. 286 y s.

¹⁰⁹¹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 288; EL MISMO, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/21. De manera similar, SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, p. 242: por “coautoría imprudente se entiende la ejecución conjunta de un proyecto de acción contrario a cuidado (...)”.

¹⁰⁹² RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, pp. 436 y 439; EL MISMO, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/27, 120. Conforme al respecto, JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/290.

¹⁰⁹³ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 289.

¹⁰⁹⁴ FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/3.

¹⁰⁹⁵ FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/4.

¹⁰⁹⁶ *Idem*.

Como podrá advertirse a partir de los esquemas constructivos recién sintetizados, su común denominador estriba en una nítida separación entre el vínculo intersubjetivo que existe entre los intervinientes en tanto que coautores, por un lado, y el específico criterio de imputación subjetiva *individualmente* aplicable, por otro. A diferencia de las examinadas en el apartado anterior, estas tesis se proponen ofrecer una estructura común de la coautoría —aunque, en el caso de Dencker y Sung-Ryong, dicha pretensión aparece seriamente amenazada por la introducción de una diferenciación entre decisión a la acción y decisión al hecho—, lo que, a su vez, representa una condición ineludible de cara a una fundamentación unitaria de la así llamada imputación recíproca. Aunque es precisamente este tratamiento homogéneo de los presupuestos constitutivos de la coautoría lo que ha suscitado el reparo de trasladar criterios desarrollados para el delito doloso, *tel quel*, al delito imprudente, pasándose por alto las singularidades de este¹⁰⁹⁷. Por de pronto, nótese que los términos de semejante crítica prenuncian el defecto desde el cual se levanta: suponer que la heterogeneidad que se profesa entre un injusto doloso e imprudente redunde, a su vez, en la diferenciación categorial entre una pretendida “coautoría dolosa” frente a *otra* “coautoría imprudente”.

Otra nota común en el grupo de posturas reseñadas es que todas devienen en la aceptación de una posible coautoría mixta. Dado que el carácter doloso o imprudente del hecho es presentado como un aspecto enteramente individual y separado de la condición de coautor, esta consecuencia es fácilmente comprensible. Sobre este último problema se volverá al finalizar la presente investigación¹⁰⁹⁸. De momento solo cabe anticipar que, si se reconsidera que el comportamiento sobre el cual se construye toda coautoría es *una* acción conjunta, y esta, a su vez, presupone la presencia de compromisos doxásticos *consistentes* entre los coagentes, la pluralidad de títulos de imputación subjetiva no es en absoluto una consecuencia que pacíficamente halla de seguirse de la distinción de planos analíticos a la que se ha hecho referencia.

Por otro lado, llevada a sus últimas consecuencias, la idea de separar plena y radicalmente los presupuestos de los cuales depende la configuración de una instancia de coautoría, por un lado, y aquellos de los que depende la imputación subjetiva de cada coautor, por el otro, habría de tornar concebible una coautoría sin imputación subjetiva. Desde luego, un supuesto de estas características no podrá generar responsabilidad penal alguna respecto de quien el hecho no resulte subjetivamente imputable; pero la sola posibilidad teórica de afirmar una relación de coautoría bajo tales condiciones plantea de nuevo el interrogante

¹⁰⁹⁷ Cfr. HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 172, nota 655, pp. 174, 195 y ss., quien, especialmente en contra de lo sostenido por Dencker y Sung-Ryong, descarta la posibilidad de un concepto general de coautoría, con elementos comunes, sobre la base de la diferencia estructural entre los injustos doloso e imprudente.

¹⁰⁹⁸ Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. III.3.

de si acaso, al prescindirse de cualquier vínculo de evitabilidad, no se estaría identificando la pregunta por la coautoría con la de la tipicidad, como realización conjunta del hecho.

1.4. Falta de necesidad de un vínculo intersubjetivo entre los coautores

Como fuese señalado a propósito de los presupuestos generales de la coautoría, existe un creciente sector doctrinario que renuncia a la necesidad de establecer un vínculo de carácter intersubjetivo entre los coautores, tanto en el ámbito doloso como imprudente. Antes de revisar algunas contribuciones aportadas en esa dirección, cabe tener presente que, para algunos, únicamente tratándose de una coautoría en el injusto imprudente podría prescindirse de la exigencia en examen, y solo para cierta clase de supuestos.

En el último de los sentidos indicados, por ejemplo, Otto sugiere excepcionalmente la posibilidad de considerar coautores a sujetos entre quienes, a pesar de no existir ningún acuerdo expreso o tácito en orden a infringir sus respectivos deberes de cuidado, puede construirse una coautoría imprudente fundamentada de manera exclusivamente normativa. Para esto, Otto propone el siguiente ejemplo:

En un teatro, el director *D* es responsable de que el extintor de incendios tenga agua. El bombero *B*, en tanto, tiene la obligación de utilizarlo. Un día se produce un incendio en el que muere *X*. Por encontrarse ebrio, *B* no estuvo en condiciones de utilizar el dispositivo, sin embargo, luego se acredita que *B* tampoco podría haber evitado el incendio, ya que ese día el extintor no contenía agua¹⁰⁹⁹.

Según Otto, en un caso como el descrito, en el que no existe ningún acuerdo entre *D* y *B*, si se consideran individualmente sus respectivos comportamientos, no es posible fundamentar responsabilidad con arreglo a criterios estándares de coautoría. No obstante, ello sí sería factible si se acude a una fundamentación de carácter normativo, en tanto que la *cuasi* división del trabajo que existe entre *D* y *B*, que permite comprender a ambos como una unidad, sí genera una responsabilidad conjunta por el hecho¹¹⁰⁰. Puesto que, por ahora, se trata de analizar distintas posibilidades constructivas de coautoría imprudente, las implicancias de esta tesis, como una vía de solución alternativa para este ejemplo, podrán ser retomadas en el siguiente capítulo.

Partiendo de la base de que en los delitos imprudentes no puede hablarse de un plan del hecho, propiamente tal, pues a lo sumo cabe un proyecto de acción —en el que no existe ninguna comunicación referida al resultado del hecho—, Knauer considera que, en

¹⁰⁹⁹ OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/119.

¹¹⁰⁰ OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/120 y s.; EL MISMO, *FS-Spendel*, pp. 283 y ss.

general, el fundamento de la imputación recíproca de los aportes entre coautores imprudentes descansa exclusivamente en el incremento conjunto de un riesgo. Por esta razón, desde el planteamiento de Knauer, no sería necesario exigir ninguna consciencia entre los intervinientes con referencia a la acción u omisión que conjuntamente realizan. Por el contrario, requerirla sería incompatible con la comprensión estrictamente objetiva desde la cual se edificaría la autoría individual imprudente, esto es, desde la imputación objetiva¹¹⁰¹. Formulando en breve: allí donde no hay tipo subjetivo del delito imprudente, no puede haber un elemento subjetivo vinculante (entre coautores)¹¹⁰².

Así pues, Knauer concluye que no habría obstáculo alguno en sostener una coautoría imprudente, por ejemplo, entre dos automovilistas que, conduciendo cada uno por su pista, contraria a la del otro, atropellan a un transeúnte, causando su muerte. No sería necesario que los conductores hayan sido conscientes de incrementar junto con otro un peligro, en tanto en cuanto se trata en este caso de un riesgo común¹¹⁰³.

Recientemente, Rodríguez Vázquez, partiendo de la base de que, desde el punto de vista objetivo, la coautoría y la así llamada autoría accesoria serían plenamente coincidentes, propone diferenciar entre casos de “coautoría con acuerdo o imprudencia conjunta” y otros de “coautoría con imprudencia accesoria o sin acuerdo”. El denominador común es que en ambos existiría una co-determinación del hecho y sería posible la imputación objetiva del resultado a cada interviniente, con la diferencia de que, en el primer grupo de casos, en el tipo subjetivo existe un proyecto común en la ejecución de la acción descuidada o peligrosa, mientras que, en el segundo grupo de casos, no¹¹⁰⁴. La sugerencia según la cual el primer grupo de casos exhibiría un mayor desvalor de acción, permite confirmar que, desde el planteamiento propuesto por Rodríguez Vázquez, el acuerdo no sería un elemento conceptualmente indispensable para la coautoría.

¹¹⁰¹ KNAUER, *Kollegialentscheidung*, pp. 192 y ss. En una dirección similar, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, pp. 179 y ss., también es de la opinión de que el requisito del plan conjunto del hecho es un criterio de coautoría que se relaciona específicamente con la exigencia de dolo. Para la coautoría en los delitos imprudentes, en cambio, basta la constatación *ex post* de una realización conjunta del tipo en un sentido objetivo, sin que exista necesidad alguna de imponer requerimientos subjetivos adicionales.

¹¹⁰² KNAUER, *Kollegialentscheidung*, p. 199.

¹¹⁰³ *Idem*. Quedaría espacio para una autoría paralela, en cambio, si los riesgos creados por cada sujeto fuesen enteramente independientes el uno del otro, esto es, según Knauer, sin división del trabajo.

¹¹⁰⁴ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 23 (2019), pp. 395 y ss. A los dos grupos de casos mencionados, Rodríguez Vázquez añade los de “autoría accesoria imprudente”, en los que aun existiendo co-determinación del hecho, no puede imputarse objetivamente el resultado a la conducta de cada interviniente, además de que en el tipo subjetivo no hay acuerdo.

Pese a lo anterior, la mayoría de tesis refractarias a un nexo intersubjetivo en la coautoría profesan su prescindencia con independencia del título de imputación subjetiva¹¹⁰⁵.

En esa línea, por ejemplo, Feijoo Sánchez ha insistido en la necesidad de articular una “teoría global de la coautoría”, para la cual no haría falta acudir a un acuerdo o resolución conjunta entre los coautores, ya que el “tipo subjetivo de la coautoría sólo exige conocer o deber conocer que se está organizando algo conjuntamente con otros”¹¹⁰⁶. Por esto, la imputación subjetiva no tendría por objeto fundamentar una organización conjunta, sino que solamente de excluir una responsabilidad por dicha organización cuando el sujeto en cuestión “no pudo o no debió conocer el sentido objetivo conjunto de su actuación”¹¹⁰⁷.

Igual de decidido es el rechazo de Sánchez Lázaro a hacer de la así llamada resolución conjunta un requisito irrenunciable de la coautoría: en lugar de ella, lo realmente crucial sería la posición o posiciones normativas que los sujetos ocupen de cara a una o varias fuentes de peligro¹¹⁰⁸. Ello obedece, según Sánchez Lázaro, a que el objeto de indagación no descansa en lo que “debería —presuntamente— pasar por la cabeza del sujeto, sino de lo que debe —imperativamente— pasar: se trata de los riesgos con los que debe contar e inocuizar (...) por encontrarse en un determinado ámbito o posición social”¹¹⁰⁹.

Desde la comprensión de la coautoría como “mancomunidad normativa” también deviene en perfectamente prescindible el requisito de un acuerdo o resolución conjunta entre los coautores, en tanto en cuanto dicha estructura de imputación se presentaría como un constructo especialmente sensible al significado normativo que se dejaría predicar a partir de la interacción del comportamiento de varios sujetos. Esta forma de razonar la división del trabajo, a saber, como un fenómeno estrictamente objetivo, que no requiere de los coautores la consciencia de actuar conjuntamente, sería plenamente trasladable al ámbito imprudente, en donde la única peculiaridad residiría en que se trata de la imputación de un “resultado fallido”¹¹¹⁰. Por ello, como señala Jakobs, si el ejecutor conoce o no las prestaciones que fueron aportadas por otros intervinientes resulta irrelevante¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ Antecedentes remotos de esta visión “objetiva” de la coautoría se encuentran en WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme*, p. 112: el acuerdo mutuo no es una exigencia indispensable, ni para el concepto de coautoría dolosa ni tampoco, naturalmente, para el de una coautoría imprudente.

¹¹⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 236.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 237. Cfr. EL MISMO, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 98, señalando que la coautoría “no exige conocimiento o cognoscibilidad de la creación no permitida de un riesgo, sino sólo conocimiento o cognoscibilidad de la actuación conjunta”. (Cursiva añadida).

¹¹⁰⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, pp. 193 y ss.

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 197. Con todo, Sánchez Lázaro reincorpora la necesidad de una vinculación subjetiva entre coautores que no participan dentro de lo que llama “ámbitos de corresponsabilidad” (*ibidem*, pp. 223 y ss.).

¹¹¹⁰ LESCH, «¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?» (trad. González Rivero), *RPJ*, 57 (2000), p. 97. Véase también JAKOBS, *RPJ*, 59 (2000), pp. 140 y ss.; DERKSEN, *GA* (1993), pp. 170 y ss.

¹¹¹¹ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, p. 71.

Desde esa misma perspectiva, y luego de criticar la función autónoma que se atribuye a la resolución conjunta de cara a la solución de problemas tales como el exceso, la coautoría sucesiva y el inicio de la tentativa, van Weezel advierte que, si este requisito realmente cumpliera una función distinta del dolo, entonces tendría que estar referido simplemente al actuar u omitir general, con lo cual exhibiría una dudosa abstracción y, además, una falta de fundamentación autónoma¹¹¹². Frente a esta circunstancia, van Weezel propone que la responsabilidad conjunta de varios sujetos únicamente puede originarse a partir de una interdependencia (*Verflechtung*) en sus respectivos ámbitos de organización. En la terminología patrocinada por este autor, semejante relación ha de ser el reflejo, según la semántica del contacto social, de un contexto vinculante entre tales comportamientos de cara a la realización de un determinado tipo delictivo. Aunque sea habitual que se proceda en división del trabajo conforme un acuerdo expreso o tácito, esto no sería ni indispensable ni suficiente¹¹¹³. En cuanto concierne a los criterios de imputación subjetiva, van Weezel sostiene que las representaciones de los intervinientes son irrelevantes de cara a la declaración objetiva de realización del tipo, y solo vienen en consideración a propósito de la evitabilidad individual. La atribución de un cierto nivel de conocimiento a cada interviniente operaría, pues, en una fase ulterior¹¹¹⁴.

Pues bien, en lo que atañe a las aproximaciones que consideran plausible suplir el vínculo intersubjetivo entre los coautores con arreglo al exclusivo empleo de criterios de imputación objetiva, aparece inmediatamente el interrogante acerca de por qué habría de ser caracterizada como *conjunta* la creación o el incremento de un riesgo¹¹¹⁵. Si se parte de la base de que una coautoría no puede reducirse a la mera adición de comportamientos peligrosos, en tanto en cuanto algún vínculo entre estos debe existir para que logren unificarse en una sola acción, la mera identidad del riesgo aparece como un criterio todavía manifiestamente insuficiente¹¹¹⁶. Pues no debe perderse de vista que, precisamente desde el aparato teórico del que se sirven Otto y Knauer, la imputación de un resultado conjunto habría de presuponer la previa imputación de una acción conjunta de la que se deje predicar dicho resultado. Ahora bien, desde luego, todo el punto pasa ulteriormente por fundamentar por qué dicha acción conjunta habría de articularse sobre un vínculo de carácter intersubjetivo entre los coagentes. Sobre ello se volverá enseguida.

¹¹¹² VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, pp. 298 y ss.

¹¹¹³ VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 207.

¹¹¹⁴ VAN WEEZEL, *RCP*, 3 (2014), p. 198. Cfr. EL MISMO, *Pena y sentido*, p. 343, señalando que la fundamentación de la competencia conjunta descansa en el contenido de sentido social de las respectivas formas de comportamiento, y no, en cambio, en un actuar conjunto consciente y querido.

¹¹¹⁵ Críticamente también HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 171.

¹¹¹⁶ Como correctamente afirma VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 138 y s., en un caso como el de las velas, en donde cada comportamiento pareciera crear un mismo riesgo, pero que es independiente causalmente del resto, deben ofrecerse razones acerca de por qué podrían fundirse en un solo peligro.

Por otro lado, la afirmación de un pretendido “ámbito de responsabilidad conjunta” solo podría predicarse en la medida en que exista un fundamento común que permita aunar los comportamientos que intervienen en dicha esfera. En ese sentido, que el ejercicio de poner en relación el comportamiento de varios sujetos *ex post* pueda revestir cierta capacidad explicativa relativa a un determinado resultado ya producido nada dice acerca de la existencia de un vínculo *previo* entre los sujetos involucrados que los haya situado en la necesidad de haber evitado *conjuntamente* su producción. Pero aun cuando esto fuese así, es decir, aun cuando hubiese sido previsible para el respectivo agente que eventualmente podría generarse una imbricación entre la propia esfera de responsabilidad con la de otro u otros sujetos, cabe reparar en que no por ello dicha intersección tornaría el suceso en una acción conjunta, cuandoquiera que cada interviniente actúe de modo absolutamente independiente de los demás. Con otras palabras, antes que un problema de imputación objetiva, la falta de previsibilidad del comportamiento de otro, derivada del desconocimiento del nexo que causalmente se dejaría establecer entre dicho obrar ajeno y una acción propia, obsta ya la a posibilidad de hablar de una acción conjunta. Si dicha imbricación resultaba previsible, en cambio, solo podría venir en consideración una autoría individual (paralela con la de otro u otros), con cargo a la “incorporación”, en el propio comportamiento, de lo ejecutado previa o simultáneamente por otro sujeto¹¹¹⁷.

La sustitución de los parámetros ortodoxos de vinculación entre los coagentes por la mera cognoscibilidad de desplegar un comportamiento conjunto tampoco permite establecer una relación de agencia compartida, la cual, a su vez, constituye la base a partir de la cual una pluralidad de comportamientos pueden ser unificados interpretativamente como el quebrantamiento unitario de una misma norma. En efecto, así como en el ámbito de la imprudencia la cognoscibilidad no es ninguna categoría epistémica de rango inferior al conocimiento, que un sujeto “tenga que haber sabido” que su comportamiento convergería con el de otro u otros presupone que, en efecto, no ha tenido conocimiento de ello, por lo que su capacidad de evitar la realización del tipo seguirá siendo estrictamente individual, y no conjunta.

A decir de Renzikowski, no es de ningún modo evidente cómo podría hablarse de “división” del trabajo a falta de consciencia entre los coautores de estar realizando algo conjuntamente¹¹¹⁸. Desde luego, llevaría razón Renzikowski si dicha división de labores es razonada bajo los términos de una distribución coordinada entre los intervinientes. Mas las propuestas constructivas recién comentadas precisamente parten de la base de que los

¹¹¹⁷ En el contexto de una autoría paralela, sin embargo, semejante “incorporación” solo opera en el plano causal, y no consiste, en cambio, en la imputación como propio de un hecho ajeno.

¹¹¹⁸ RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, pp. 430 y s., a modo de crítica a la postura de Knauer, antes sintetizada.

comportamientos que se entrelazan en ciertos ámbitos de responsabilidad podrían ser identificados al margen de lo que se representan sus actores. Por esto, el nudo crítico de semejantes construcciones no descansa en el carácter *dividido* del trabajo —esto es, del hecho— en cuestión, sino más bien en lo *unitario* del trabajo dividido, lo cual presupone que la pluralidad de comportamientos discretos que componen el hecho sean susceptibles de caracterizar *a la vez* como “partes de una acción conjunta”, y no, en cambio, como el “encuentro meramente contingente de varios actuantes imprudentes”¹¹¹⁹. Y para esto último sí que es necesario que los coagentes cuenten con el carácter funcionalmente interdependiente de sus comportamientos, ya no solo porque la acción conjunta que se proponen ejecutar *racionaliza* (en términos de dar razones que justifiquen y eventualmente expliquen) sus respectivos aportes, sino también porque abre la *posibilidad* de una autoadscripción de los resultados derivables de dicha acción conjunta. Por el contrario, si los agentes carecen de dicha creencia interactiva, no podrían estar en condiciones de integrar el comportamiento de otro u otros como una ampliación de su propia esfera de responsabilidad, ni tampoco, por ende, de prever el resultado de acciones que, bajo tales condiciones, solo podrían imputárseles como *ajenas*.

Así las cosas, no es la referencia al comportamiento de otros aquello que se deviene irrelevante para la constitución de una acción conjunta fundante de una eventual instancia de coautoría, sino más bien la que incluye en la creencia interactiva de los coagentes, además, una anticipación de los resultados que su ejecución habría de producir. En efecto, así como cabe sostener que aquello que se imputa, como formas de evitabilidad, a título de dolo o de imprudencia, no es independiente de si se actúa solitaria o conjuntamente¹¹²⁰, del mismo modo, tampoco puede decidirse el carácter conjunto de una acción al margen de la consideración de qué es lo que, bajo la representación de los sujetos, se presenta como objeto de dicha evitabilidad: un comportamiento individual o conjunto.

En fin, en contraste con las suspicacias que inicialmente podría suscitar, esta exigencia no entrega a los coagentes la facultad de decidir qué es aquello que han realizado u omitido conjuntamente, pues, como ocurriría con cualquier otra actitud proposicional, la atribución de la creencia interactiva de realizar una acción conjunta con otro u otros sigue siendo una operación anclada de modo decisivo a un determinado contexto comunicativo, que es el que en primera línea permite racionalizar la acción de cada coautor¹¹²¹.

¹¹¹⁹ RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 431.

¹¹²⁰ VAN WEEZEL, *RCP*, 3 (2014), p. 199.

¹¹²¹ Al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.3.

2. Algunas alternativas de cara a la fundamentación del carácter conjunto de una infracción de deber imprudente

En lo que concierne a lo que tradicionalmente se ha denominado “elemento objetivo” de la coautoría, muchos de los problemas ya tematizados en el capítulo anterior, bajo el rótulo “calidad y medida necesarias” de los aportes, se reproducen con las mismas notas a propósito de la discusión sobre una eventual coautoría imprudente. Por esto, en lo que sigue, se cifrará la atención especialmente en la manera en que algunas propuestas constructivas vinculan la infracción de una exigencia de cuidado, por un lado, y el hecho cuya realización conjunta se imputa a varios sujetos a título de coautoría, por otro.

2.1. Algunas formas de enfatizar el carácter colectivo de la realización del tipo y/o del comportamiento contrario a cuidado

Como fuese ya analizado a propósito de la estructura general de la coautoría, formulado en términos generales, esta puede ser desenvuelta desde lecturas fundamentalmente individualizadoras o colectivas. Las primeras suelen privilegiar, de manera explícita o no, una superposición de la estructura de la autoría directa en la coautoría, especialmente problemática de cara a la comprensión de acciones indisolublemente conjuntas y, en general, frente a constelaciones en las que no es posible establecer una relación causal entre las contribuciones individuales y el respectivo resultado. Precisamente porque un nutrido grupo de constelaciones —acaso prototípicas de coautoría imprudente— exhiben esta dificultad, dentro del abanico de diseños posibles para su desarrollo teórico, varios de tales modelos se preocupan de acentuar, con mayor o menor grado de precisión, la índole colectiva del comportamiento eventualmente imputable como imprudente.

En la línea anticipada se incardina la sugerencia de Lampe. Proponiéndose concretar desarrollos previos de Otto, Lampe observa que, a propósito de una coautoría imprudente, lo esencial no es tanto que cada coautor haya creado o incrementado con su comportamiento un riesgo al que podría haber evitado aportar si hubiese obrado de manera cuidadosa; antes bien, lo relevante es que, de esta manera, cada coautor tendría que haber evitado contribuir a la ejecución de un plan común¹¹²². Con esto, lo que, según Lampe, caracteriza a la coautoría es que, en lugar de la omisión de un cuidado individualmente posible, se trata aquí de la omisión del cuidado que es “sistémicamente posible” en el tráfico. Pues aquello que los coautores no reconocen, de manera contraria a deber, es que su cooperación funcional y consciente en el sistema (de injusto) no se corresponde con el cuidado debido¹¹²³.

¹¹²² LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, p. 127.

¹¹²³ *Ibidem*, pp. 111 y 127.

Como toda aproximación colectiva al problema, inicialmente la tesis de Lampe corre con la ventaja de superar el impedimento que suelen padecer las lecturas reductivistas de la coautoría, a saber, no poder captar el diverso significado que adquieren ciertas acciones (individuales) en tanto que “partes componentes de otra (conjunta)”. Lo problemático, sin embargo, estriba en que, al remitirse la explicación del carácter colectivo del fallo al sistema de injusto en que se integrarían los aportes de los coautores, se pierde el vínculo inmediato que debiese existir entre tales acciones, manifestación del carácter circular que afecta a esta tesis: suponer que los aportes contribuyen a un sistema de injusto que, en realidad, no existe independientemente de tales aportes.

En procura de brindar una fundamentación de la responsabilidad solidaria de los coautores imprudentes, la que no estaría en condiciones de ofrecer el requisito de la decisión conjunta al hecho, Kamm postula como exigencia exclusiva para la aplicación de la coautoría a este ámbito la necesidad de cooperación de varios intervinientes. Se trata, pues, de un rasgo añadido a la esencialidad de los aportes constitutivos de coautoría, conforme el cual sería indispensable que la realización o el impedimento de la acción que causa el resultado no haya podido tener lugar sino en virtud de la obra común de dos o más sujetos. Luego, tendrían que excluirse como supuestos de coautoría imprudente todos aquellos en que la pluralidad de intervinientes no determina ninguna diferencia con respecto a una actuación individual¹¹²⁴. Este requisito, según Kamm, hallaría justificación en que solo así la cooperación entre los sujetos redundaría en un incremento del riesgo, habilitando con ello su imputación recíproca entre los intervinientes¹¹²⁵.

Con todo, tanto la pertinencia como la capacidad de rendimiento de esta exigencia son altamente controvertibles. Pues, aun cuando sean perfectamente concebibles cierta clase de acciones (convencionalmente conjuntas) que forzosamente requieren la intervención de varios, como también que su realización en un caso concreto así lo requiera (acciones causalmente complejas), elevar esta contingencia a condición general olvidaría que una de las utilidades de la división del trabajo consiste precisamente en facilitar la ejecución de acciones que podrían haber sido realizadas de modo individual. Con ello, tal restricción de la coautoría imprudente carecería de fundamento: que la acción conjunta que realiza

¹¹²⁴ KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 202 y ss., 221. Cfr. DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, 2007, p. 195, quien admite la posibilidad de coautoría cuando solo un interviniente habría podido lesionar el bien jurídico, pero añadiendo el requisito de que la actuación conjunta haya supuesto un aumento de las probabilidades de lesión.

¹¹²⁵ Esta exigencia conduce a que KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 206, nota 94, excluya una coautoría imprudente si, por ejemplo, dos sujetos hacen rodar una roca (variante del *Caso de las rocas rodantes*), pudiendo haberlo hecho individualmente. En cambio, si fuesen necesarias las contribuciones de dos personas, y, en lugar de ello, intervinieran cuatro, según el planteamiento de Kamm, todavía podría configurarse una coautoría imprudente.

el tipo pueda haber sido realizada autónomamente por cada coautor no autoriza a suprimir el hecho de que, sin embargo, esto no ha sido así¹¹²⁶. Además, el criterio en cuestión se vuelve virtualmente impracticable en casos de omisión¹¹²⁷, ya que lo que en delitos comisivos podría configurar una hipótesis de causalidad cumulativa, estructuralmente, en la omisión corresponde a una hipótesis de causalidad alternativa. Con ello, si dos o más garantes pudiesen ejecutar individualmente la acción impeditiva, aun cuando estuviesen conjuntamente obligados a desplegarla, en virtud del requisito añadido por Kamm, no podría constituirse una instancia de coautoría por omisión imprudente.

En una breve, pero valiosa aportación, Bloy ha enfatizado la necesidad de que la coordinación de los aportes individuales de los coautores se deje representar como un fallo colectivo (*kollektive Fehlleistung*). De una tal prestación defectuosa los sujetos serían responsables conjuntamente, siempre y cuando esta haya surgido a causa de la adopción de una decisión de acción conjunta. Y para ello, agrega Bloy, no es suficiente la reunión de fines individuales perseguidos por varios sujetos (como la excursión de un grupo de ciclistas), sino que ha de tratarse de un objetivo unitario e indivisible en el cual confluyan las distintas contribuciones individuales (por ejemplo, dos cazadores que se proponen matar a un jabalí)¹¹²⁸.

Lo fundamental del aporte reseñado descansa en que hace explícito (uno de los ámbitos en) dónde debiese radicar el componente colectivo de una coautoría imprudente, a saber: en la infracción de una exigencia de cuidado. Sin embargo, esto último indicaría desde ya la necesidad de ampliar la referencia de lo colectivo, pues la indagación acerca de un eventual *descuido compartido* solo es pertinente en la medida en que tal comportamiento exhibe la virtualidad de explicar la inevitabilidad en la *realización conjunta* de un tipo delictivo, que es lo que constituye, en términos jurídico-penales, la “prestación conjunta deficitaria” que se imputa. Esto último pareciera ser advertido parcialmente por Becker, quien se acoge a la esquematización de la coautoría imprudente ofrecida por Bloy, al señalar que “dicha comprensión tendría la ventaja de establecer la existencia de un fallo colectivo estrictamente a partir del tipo legal”, y no con arreglo a un proyecto de acción extratípico, con lo que podría solventarse la falta de determinación que algunos endosan

¹¹²⁶ Sobre el carácter necesario o bien contingente de la cooperación característica de una instancia de acción conjunta, cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. I.1. Para una crítica a esta parte del planteamiento de Kamm, véase, entre otros, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 223; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 180, nota 694, y p. 234; SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, p. 177.

¹¹²⁷ Para una detenida crítica en este sentido, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 149, según cuya apreciación —dicho sintéticamente—, la tesis de Kamm falla en tales casos porque las omisiones, individualmente consideradas, siempre aparecerán como condiciones suficientes, pero no necesarias.

¹¹²⁸ BLOY, *GA* (2000), p. 395. Se acogen a dicha formulación (la de una *kollektive Fehlleistung*) PFEIFFER, *JURA*, 8 (2004), p. 524; RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 431.

a un tal proyecto¹¹²⁹. Pero, en contraste con lo que sugiere el propio Becker, el tipo únicamente puede indicar qué *clase* de acciones podrían ser realizadas conjuntamente por potenciales coautores bajo condiciones deficitarias; en cambio, ello nada informa acerca de la concreta medida de cuidado que tales sujetos han dejado de adoptar, y que fundamenta a su respecto la imputación de dicho comportamiento *qua* injusto imprudente.

Por su lado, Häring se propone articular el elemento objetivo de una coautoría en el delito imprudente sobre la base de una cooperación, en división del trabajo, en la ejecución de la acción conjunta causante del resultado. A diferencia de la coautoría dolosa, de acuerdo con el planteamiento de Häring, el elemento objetivo de la coautoría no puede estar referido aquí a la realización del “hecho global”, pues en el delito imprudente no hay división del trabajo en el sentido de estarse realizando un hecho delictivo. Ello no impide, sin embargo, que la realización del tipo pueda ser vista, desde un punto de vista objetivo, como una unidad¹¹³⁰. Para los casos de causalidad aditiva, Häring ofrece lo que ha dado en llamar un criterio de intercambiabilidad aleatoria (*beliebige Austauschbarkeit*), por azarosa, de los aportes individuales, con arreglo al cual perdería relevancia determinar qué contribución en concreto causa el resultado en cuestión, ya que en la coautoría no se trata de acciones individuales independientes entre sí, sino de una sola acción conjunta¹¹³¹. Aunque esto último no dice algo privativo de la coautoría en el injusto imprudente, por referirse a la configuración del objeto de imputación, sí reclama especial pertinencia debido a la clase de casos que se tematizan en este ámbito. No obstante, y justamente por la misma razón, conviene que dicha intercambiabilidad, antes que un criterio, tendría que representar más bien una consecuencia del carácter funcionalmente interdependiente de las partes componentes de una acción conjunta. Si fuese un criterio, por el contrario, esta tesis estaría afectada por el mismo problema que alcanza al argumento que a partir de la esencialidad *ex ante* de los aportes pretende fundamentar la factibilidad de una coautoría aditiva: su relatividad a un mundo hipotético.

2.2. Identidad del “deber de cuidado” al que están sometidos los coautores o carácter unitario de su infracción

Otra vía de resaltar la índole colectiva del comportamiento eventualmente imputable a título de coautoría imprudente es poner en conexión las contribuciones de los coautores

¹¹²⁹ BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, p. 180.

¹¹³⁰ HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 229 y ss. Con todo, y a contrapelo de lo propuesto por Häring, nótese que la circunstancia de que los coautores no adviertan cierta consecuencia causal que se derivará de la acción que conjuntamente ejecutan no obsta en modo alguno a que el resultado de esa acción (esto es, “el hecho”) siga perteneciendo a todos. Por esto, nuevamente se advierte en dicha formulación una insistencia en separar (ontológicamente) la acción del resultado predicable de ella, como si fuesen dos sucesos diversos.

¹¹³¹ HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 235.

precisamente en la falta de adopción del cuidado exigido. En su temprano y fundamental aporte al desarrollo de una coautoría imprudente, Roxin enfatizó doblemente este aspecto, a saber: requiriendo la identificación de una *lesión conjunta* de un *deber conjunto*. Así, a propósito del llamado *Caso de la viga*, señalaba Roxin que podría venir en consideración una coautoría imprudente, pues los operarios lesionan un deber de cuidado al que se encuentran obligados conjuntamente¹¹³². Como se analizará en el siguiente capítulo, el hallazgo de Roxin tiene el cardinal mérito de identificar la necesidad de distinguir entre deberes conjuntos y compartidos, para lo cual, sin embargo, no puede bastar simplemente el origen de cómo se encuentran obligados los sujetos, en tanto en cuanto, como toda medida de cuidado, su individualización es sensible al contexto.

De modo similar, en el contexto de una de sus primeras aportaciones a este debate, Otto sugería que solo la lesión conjunta de deber podría fundamentar responsabilidad conjunta por la lesión de un bien jurídico a través de un comportamiento contrario a cuidado¹¹³³. Como se acaba de señalar a propósito de la primera postura de Roxin, la pregunta acerca del carácter individual o conjunto del deber de cuidado es crucial en este ámbito. Ahora bien, asumiendo que existen buenas razones para suponer *prima facie* que esa lesión también debiese ser conjunta, todo el punto del problema descansaría precisamente en dilucidar bajo qué condiciones es posible hablar de una infracción conjunta y no de un mero set de infracciones individuales de una misma exigencia de cuidado.

El carácter unitario no solo de la infracción, sino del propio deber de cuidado lesionado aparece todavía más acentuado en la propuesta de Weißer. El primer presupuesto que esta autora exige para hablar de una coautoría en el delito imprudente lo constituye la lesión de un deber objetivo de cuidado que exhiba la misma calidad y se infrinja de la misma manera por cada uno de los eventuales coautores. Solo de este modo, esto es, infringiendo el mismo deber de cuidado, podría estimarse que cometen *el mismo* delito y, con ello, venir en consideración la imputación recíproca de sus aportes¹¹³⁴. Sobre la posibilidad de hablar de *una* exigencia de cuidado a la que se someterían conjuntamente varios sujetos habrá oportunidad de detenerse más adelante; por de pronto, solo interesa advertir que la equivalencia cualitativa y cuantitativa del deber de cuidado requerida por Weißer podría

¹¹³² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., pp. 531 y ss.

¹¹³³ OTTO, *JURA* (1990), p. 49. En contribuciones posteriores a este debate, Otto ha privilegiado la estrategia de resolver los problemas de autoría exclusivamente con arreglo a criterios de imputación objetiva, y solo por referencia a la coautoría imprudente por omisión ha exigido la consciencia de los garantes intervinientes de no estar cumpliendo conjuntamente el deber de ejecutar un determinado comportamiento (cfr. EL MISMO, *AT*, 7ª ed., § 21/119).

¹¹³⁴ WEISSER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 147 y 157; LA MISMA, *JZ*, 5 (1998), p. 236. En términos similares, DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, p. 195, quien supedita la aplicación del principio de imputación recíproca a la infracción de una exigencia de cuidado con el mismo contenido y alcance para todos los coautores.

restringir innecesariamente el ámbito de la coautoría imprudente si es que tal elemento no se pone en conexión con *la clase de acción* de cuya posibilidad de evitación conjunta se trata: si la acción es compleja, también podrían serlo las medidas de cuidado tendentes a asegurar una capacidad conjunta de evitación.

Al planteamiento antes referido se acoge Pfeiffer, quien, además de exigir la identidad del deber objetivo de cuidado infringido, solicita que *dicho deber* revista la misma medida (*selben Ausmaß*), también con el propósito de que se trate de un mismo delito para todos los intervinientes. A la inversa, si estos fuesen destinatarios de diversos deberes de cuidado, como en los delitos especiales, entonces habría de excluirse la posibilidad de una coautoría imprudente. De modo cuestionable, Pfeiffer asocia a este requisito la capacidad de “apaciguar” el problema consistente en la delimitación entre autoría y participación en el ámbito imprudente: solo si los intervinientes *lesionan* en la misma medida el respectivo deber de cuidado puede entenderse que han prestado un aporte equivalente para la realización del tipo¹¹³⁵. Lo controvertible de ello descansa en que, como se ha insistido en esta investigación, ni la cualidad ni la entidad de la exigencia de cuidado infringida dicen algo aún sobre el criterio de intervención delictiva aplicable. Esto último depende del título al que resultará eventualmente imputable la realización del hecho, es decir, como hecho propio o ajeno; la infracción de una exigencia de cuidado, en cambio, solo informa acerca de una capacidad de evitación deficitaria en el agente, pero que no determina la clase de acción que realiza bajo dicho estado de inevitabilidad evitable.

Por último, Riedo y Chvojka exacerbaban todavía más el aspecto en análisis, hasta el punto de requerir la presencia de una “comunidad de descuido” (*Unsorgfaltsgemeinschaft*) entre los coautores. Dicha comunidad existiría cuando, para alcanzar un determinado objetivo, dos o más sujetos despliegan una actuación que acaba causando un resultado no querido, pero evitable y previsible. Según dicha propuesta, ejemplo de ello sería el de dos personas que, con el objetivo de asar una salchicha (proyecto de acción común), encienden fuego en un bosque (proceder conjunto) sin vigilarlo suficientemente (comunidad de descuido), con lo cual se produce un incendio¹¹³⁶. A diferencia de las anteriores, esta propuesta no establece bajo qué condiciones un comportamiento descuidado se integra bajo una tal comunidad. Por otro lado, y de modo análogo a la “comunidad peligrosa” sobre la cual discurre Walder, la alusión metafórica de Riedo y Chvojka a una “comunidad de descuido”, como ente colectivo, corre el riesgo de resultar superflua, pues una acción conjunta (descuidada o no) puede entenderse sin necesidad de ser remitida a un agente

¹¹³⁵ PFEIFFER, *JURA*, 8 (2004), p. 525.

¹¹³⁶ RIEDO/CHVOJKA, «Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft», *ZStrR*, 120 (2002), pp. 160 y s.

multipersonal¹¹³⁷. En cambio, en los casos en que la referencia a una unidad agencial no resulta superflua, dado que lo realizado por la “comunidad de descuido” no se corresponde con una acción a la que hayan aportado todos sus miembros, sino que ha sido realizado solo por uno de ellos, entonces el recurso a esta fórmula pondría seriamente en tensión el principio de autorresponsabilidad. En ese caso, la imputación de coautoría se fundaría en la mera participación en la creación de tal “comunidad de peligro”, aunque este luego se materialice solo a través del comportamiento de uno de sus integrantes.

En todo caso, el modo en que se conectan los comportamientos individuales descuidados es capital de cara a la articulación de una potencial coautoría en un injusto imprudente. Así, lo fundamental de las propuestas reseñadas es que todas suponen un reconocimiento de la necesidad de distinguir bajo qué presupuestos puede hablarse de un comportamiento conjunto contrario a cuidado, sobre la base de que se trata de algo cualitativamente diferente de la mera agregación de infracciones individuales que se superponen.

2.3. Creación o incremento conjunto de un riesgo jurídicamente desaprobado

Las tesis que anclan el acuerdo o la decisión conjunta de los coautores a la realización de una acción peligrosa, de manera consecuente, tienden a desarrollar el llamado elemento objetivo de la coautoría por referencia a los criterios de imputación objetiva. De este modo, según una versión extendida entre quienes aceptan la estructura en análisis, coautor imprudente básicamente es quien, junto con otro u otros, crea o incrementa un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado¹¹³⁸. Así, si dicho riesgo es creado o incrementado en división del trabajo, ello permite fundamentar la imputación recíproca de los aportes de tal manera prestados. Aunque no suele especificarse, de las propuestas que patrocinan esta vía de solución puede colegirse que no es indispensable que cada aporte individualmente considerado represente por sí mismo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, con tal que este haya sido creado conjuntamente.

¹¹³⁷ Para esto véase *supra* Cap. Quinto, apdo. I.1.2.

¹¹³⁸ Patrocinando la tesis de la “dirigibilidad común”, véase OTTO, *FS-Spendel*, p. 282. En sentido similar KNAUER, *Kollegialentscheidung*, p. 195, para quien la intervención de varios representa una “potenciación” de las acciones individuales, permitiendo ello que la causación del resultado pese en los hombros de estos varios sujetos. Ponderando favorablemente la propuesta de Knauer, véase ROXIN, *PG*, t. II, § 25/242; EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 881, donde sostiene que una coautoría imprudente es posible, ya que, aunque el dominio del hecho presuponga dolo, dicho principio no es aplicable a delitos imprudentes, en los que la autoría individual descansa exclusivamente en la imputación objetiva. Por ello, debe construirse un concepto de “comisión conjunta” distinto al de los delitos de dominio, que permita aplicarse a hechos imprudentes. También desde la teoría de la imputación objetiva, y con referencia a Knauer, SCHÜNEMANN, *LK-StGB*, 12ª ed., § 25/217, señala que la coautoría imprudente (solamente) presupone que el riesgo no permitido, creado conjuntamente por varios, se haya realizado en el resultado. Por su lado, SCHNEIDER, S., *Risikoherrschaft*, pp. 272 y ss., combina los criterios de imputación objetiva con el dominio del hecho: ha de existir un acuerdo y co-dominio respecto de un proyecto objetivamente riesgoso y no permitido. Para ello, cada coautor de un delito imprudente de resultado debe prestar un aporte que, según el plan común al hecho, exhiba un determinado significado funcional para el proyecto común.

Sin presentar su propuesta en clave de imputación objetiva, también Renzikowski señala que el proyecto común de acción debe representar la creación de un peligro jurídicamente desaprobado¹¹³⁹. No es necesario que los coautores estén conscientes de dicho peligro, pero sí que, para alcanzar un determinado objetivo, se hayan obligado recíprocamente y como compañeros en igualdad de condiciones (*gleichberechtigte Partner*) a realizar acciones sincronizadas que objetivamente representen tal riesgo¹¹⁴⁰.

Como es fácil columbrar, la razón por la cual el recurso a la imputación objetiva se ofrece como un expediente intuitivamente idóneo para la elaboración teórica de una coautoría imprudente descansa en que la pregunta acerca de la infracción de un deber objetivo de cuidado tiende a coincidir con lo que, desde el punto de vista de la doctrina dominante, representa el primer juicio de imputación objetiva, relativo a la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado. Que, por otro lado, habitualmente semejante análisis no descienda a la especificación de criterios que habrían de singularizar su aplicación a la coautoría imprudente, distinguiéndola así de la dolosa, obedece a que, adicionalmente, tiende a extenderse la opinión de que los criterios de imputación objetiva operan del mismo modo, tanto en delitos dolosos como imprudentes.

Ahora bien, el recurso al incremento del riesgo, en tanto que expediente presuntamente idóneo para fundamentar la imputación recíproca de las respectivas contribuciones, sigue dando cuenta de una aproximación reductivista —por aislar los aportes— al problema de la coautoría, a partir de la cual no se deja desatar el nudo que representan constelaciones de coautoría aditiva, en las que, precisamente, *se sabe* que no todos los riesgos creados individualmente por las aportaciones de los potenciales coautores se concretan en el resultado¹¹⁴¹. Ello determina que, bajo tales condiciones, la imputación de dicho resultado necesariamente deje de ser “recíproca”.

Como se advirtió a propósito de la (creciente) tendencia a problematizar la intervención delictiva como un capítulo más dentro del juicio de imputación objetiva¹¹⁴², los criterios de esta, en general, no resultan aptos para resolver asuntos de orden fundamentalmente adscriptivo, y que, por ende, presuponen configurado el comportamiento antinormativo a cuya depuración, con arreglo a criterios teleológicos que recortan el alcance el tipo, se

¹¹³⁹ RENZIKOWSKI, *ZIS*, 2 (2021), p. 99.

¹¹⁴⁰ Cfr. RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, pp. 431 y 439. Siguiendo a este último, JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/290.

¹¹⁴¹ En esta dirección también la crítica de PUPPE, *GA* (2004), p. 136, quien señala que, desde una perspectiva *ex ante*, aquí únicamente alcanzaría a observarse una “causalidad potencial”.

¹¹⁴² En general, sobre la tendencia a fundir la autoría en la tipicidad, y, en particular, sobre la intervención delictiva como apéndice de la imputación objetiva, véase *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.1.

consagra la teoría de la imputación objetiva. En lo que concierne a la coautoría, esto queda de manifiesto en que, por la vía de aplicar tales criterios, no queda respondida la pregunta acerca de por qué el comportamiento discreto de dos o más sujetos podría ser interpretado unificadoramente como un solo riesgo, y no, en cambio, como la concurrencia de riesgos independientes. Pues la imputación objetiva está concebida para anexar una determinada conducta con el resultado por cuya eventual imputación se interroga, mientras que, antes que ello, la investigación por una potencial coautoría reclama dilucidar la clase de vínculo que internamente existe entre lo que, en principio, únicamente podrían exhibirse como varios comportamientos individuales. Los criterios de imputación objetiva tampoco permiten especificar si la calidad y medida de las contribuciones fundamentan o no coautoría, ya que, tal y como sostiene un sector doctrinario adscrito a dicha línea, desde estos mismos parámetros han de calibrarse los aportes prestados por partícipes.

Por último, el desarrollo de una coautoría imprudente con arreglo a los criterios de la imputación objetiva nuevamente plantea el problema de que, tratándose de delitos puros de resultado, el hecho de que dos o más sujetos hayan creado un riesgo jurídicamente desaprobado nada dice todavía acerca de la necesidad de *tener que* imputarles el resultado en que se concreta. Pues, aun cuando se trate de un riesgo creado conjuntamente —para cuya unificación interpretativa habría de recurrirse a criterios externos a la imputación objetiva—, y no de un mero cúmulo de acciones riesgosas independientes, en los tipos resultativos el objeto de imputación no está constituido por un riesgo al que se *añade* la producción de un determinado resultado. La identificación entre el objeto y lo que (contingentemente) podría contar como una base para la imputación provoca aquí —del mismo modo en que fuese señalado a propósito del injusto imprudente en general— una intensificación del contenido prescriptivo de los delitos resultativos, haciendo de ellos algo axiológicamente más exigentes¹¹⁴³.

2.4. La competencia conjunta o concurrente sobre una o varias fuentes de peligro

Desde una propuesta que considera autor a quien es titular de la competencia sobre una fuente de peligro, para el ámbito de la coautoría, Sánchez Lázaro propone hablar de una competencia conjunta ostentada sobre una única fuente de peligro o bien sobre varias fuentes concurrentes¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ Al respecto, cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.1.

¹¹⁴⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, pp. 171 y ss. Salvo por lo que hace a los “ámbitos de corresponsabilidad”, la tesis de Sánchez Lázaro es ampliamente acogida por FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 241 y ss.

Para el primer supuesto, Sánchez Lázaro sostiene que la competencia se fundamenta en la creación conjunta de un riesgo, de manera que la imputación recíproca descansaría en la posición normativa que tales sujetos ocupan frente a dicho riesgo. Este podría ser el caso de sujetos que actúan irregularmente (de manera contraria a cuidado) o que comparten una misma función que fundamenta dicha competencia conjunta. Ello ocurriría en el ámbito empresarial, por ejemplo, a partir de las decisiones adoptadas por miembros de órganos colegiados, y, en general, por sujetos que, normativamente, ocupan una misma posición o bien posiciones secantes. Ahora bien, aunque la fuente de peligro sea una sola, según Sánchez Lázaro, las competencias de los sujetos eventualmente podrían tener distinto fundamento¹¹⁴⁵. El segundo grupo de casos, en cambio, se caracterizaría por que concurren distintas conductas imprudentes en la producción del resultado lesivo. Aquí, señala Sánchez Lázaro, también se podrían distinguir dos formas de fundamentación, a saber: una de carácter “normativa-objetiva”, construida a partir de deberes jurídicos que vincularían a los coautores en tanto que partícipes de determinados “ámbitos de corresponsabilidad”¹¹⁴⁶; y otra de corte más bien “subjetivo”, en donde la imputación recíproca, al no tratarse de ámbitos de corresponsabilidad que relacionen a los coautores, solo podría fundarse en una vinculación subjetiva entre los coautores¹¹⁴⁷.

Allende las reticencias que pueda suscitar la terminología favorecida y del itinerario teórico que transita para arribar a las soluciones patrocinadas, la original propuesta constructiva de Sánchez Lázaro reviste, entre otros, el cardinal mérito de que permite distinguir con nitidez casos en que los comportamientos descuidados dan lugar a la creación de riesgos que, pese a confluir en un mismo resultado, pueden exhibir igual o muy distinta naturaleza. Esto último engarza acaso con uno de los principales problemas que plantea la posibilidad de una coautoría imprudente, y emplaza, por ende, a dilucidar en qué medida, a despecho del diverso origen que podría reconocer la base de imputación para cada coautor, sería todavía posible hablar de un hecho global.

Ahora bien, al margen de que, en general, la condición de competente no tiene por qué fundamentar la condición de autor¹¹⁴⁸, resulta especialmente problemático hacer pivotar una potencial coautoría en la mera concurrencia de competencias individuales, que no se traduce en la capacidad de evitar conjuntamente el mismo hecho. Pues, más allá de la coincidencia espacio-temporal y de la participación contingente en ciertos sectores del

¹¹⁴⁵ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, pp. 173 y ss., 177, 200 y ss.

¹¹⁴⁶ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, pp. 211 y ss. El mismo autor (*ibidem*, p. 213) define tales ámbitos como los “espacios sociales cuya configuración estructural o/y normativa permite inferir argumentos sobre los que fundamentar la imputación recíproca”. Entre tales menciona, por ejemplo, el tráfico viario y los trabajos organizados, como los ámbitos de la construcción y médico.

¹¹⁴⁷ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, pp. 223 y ss., utiliza el ejemplo de dos cazadores que disparan sobre un arbusto sin tomar las mínimas precauciones, causando con ello la muerte de un senderista.

¹¹⁴⁸ Para la crítica de la identificación entre las categorías de garante y autor, *infra* Cap. Octavo, apdo. I.2.

tráfico donde pueden interactuar las esferas de responsabilidad de varios sujetos, la posibilidad de afirmar una “realización conjunta” del hecho ha de solicitar algo más que eso¹¹⁴⁹. Dicho en breve, el reconocimiento de una competencia *conjunta* necesitaría que los sujetos se hagan competentes también de las contribuciones prestadas por otro u otros, pero por fundamentos *distintos* a aquellos en los cuales se basa su competencia individual por la respectiva “fuente de peligro”, precisamente porque no emanan en forma directa de acciones u omisiones individualmente propias. Esta dificultad queda patentizada en el tratamiento que Sánchez Lázaro dispensa al siguiente supuesto de lo que él considera un caso de coautoría imprudente:

“A ordena a B, dependiente suyo, conducir un automóvil de su propiedad que no ofrece las condiciones mínimas de seguridad. Este último, pese a conocer el estado en que se encuentra el vehículo, realiza el encargo, y al no responderle los frenos se produce un accidente en el que resulta una persona muerta y varias lesionadas”. Según Sánchez Lázaro, la competencia del dependiente sobre la fuente de peligro se fundamenta en la conducción —en sus palabras: “un típico supuesto de injerencia”—, mientras que la responsabilidad del propietario frente a terceros se basaría en la titularidad, que le obligaba, bien a asegurar que el estado del vehículo sea adecuado, bien a impedir su circulación¹¹⁵⁰. Esta última consideración, sin embargo, es controvertible en la medida en que la sola posición de garante de un sujeto nada dice aún acerca de la modalidad de intervención delictiva que podría resultar aplicable; en este ejemplo, es perfectamente factible considerar a este último garante omitente como un partícipe en el hecho principal de quien conduce el vehículo. Pero aun si fuese correcta la calificación del propietario como autor, su condición de coautor necesitaría fundarse no solo en la competencia por la fuente del peligro (el vehículo), sino por el mismo hecho que realiza el conductor; de lo contrario, solo existirían autorías paralelas entre ambos sujetos.

Pues bien, para evitar incurrir en la consecuencia indeseable de que la sola participación en un determinado sector del tráfico sea en sí mismo un ámbito de *corresponsabilidad*, primero habría de fundamentarse por qué se trata de un espacio normativo que favorece el encuentro de competencias entre eventuales *corresponsables*. Por esto, que un sujeto intervenga con otros en ciertos ámbitos caracterizados por generar peligros para bienes jurídicos ajenos no es fundamento suficiente para sostener que ese sujeto sea co-competente, además, de lo que en tal ámbito realizan los otros participantes. Se trata, más bien, de adscribir una “realización colectiva del hecho”¹¹⁵¹, y no solo de la identificación de un colectivo de sujetos en la realización de ese hecho.

¹¹⁴⁹ Como acertadamente advierte VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 129, que varios sujetos sean competentes por un hecho no significa que deban ser conjuntamente competentes del mismo.

¹¹⁵⁰ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 182. Para un caso estructuralmente similar *ibidem*, p. 200.

¹¹⁵¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 338 y s.

V. Balance provisional

Conforme lo analizado a lo largo del presente capítulo, las objeciones levantadas contra la posibilidad de una coautoría imprudente son perfectamente contestables. En los ordenamientos que acogen un sistema diferenciador de intervención delictiva no existen razones suficientes para suponer que la distinción entre diversas modalidades de autoría únicamente deba restringirse al injusto doloso. Esto tampoco lo impide el *numerus clausus* sobre la incriminación de la imprudencia, pues lo que este régimen disciplina es precisamente el castigo de hechos a título de imprudencia, pero no las modalidades de imputación de tales hechos. Por su lado, las objeciones que se concentran en la incompatibilidad del fundamento y/o de los requisitos de la coautoría con el injusto imprudente tienden a estar aquejadas por la adopción de presupuestos que justamente tornan en recíprocamente incompatibles tales categorías, lo que, a su vez, generalmente trae causa en una concepción de coautoría pensada para el injusto doloso.

Ahora bien, lo anterior no implica que las aprensiones que preliminarmente puede suscitar el desenvolvimiento teórico de esta estructura de imputación no deban ser consideradas —y con especial atención— en su ulterior desarrollo. Al contrario, como se verá en el siguiente capítulo, aquellos reparos muestran que uno de los aspectos capitales en dicha investigación descansa precisamente en el desafío de vincular un comportamiento conjunto deficitario (aquel que realiza el respectivo tipo de delito) con una acción conjunta ejecutada intencionalmente (aquella que contraviene una exigencia de cuidado).

La mayoría de las alternativas a una coautoría imprudente se proponen reconducir la solución de un importante grupo de constelaciones problemáticas a la pluralidad de autorías individuales. Al margen del expediente que sirve de apoyo teórico a cada una de tales propuestas, resulta demasiado optimista suponer que la llamada autoría paralela se encuentre efectivamente en condiciones de solucionar y, sobre todo, de ofrecer una mejor fundamentación de la responsabilidad penal —generalmente, no puesta en duda— en cada uno de esos múltiples y variados grupos de casos. Por otro lado, tales estrategias tienden comúnmente a padecer el defecto de pretender aprovechar el carácter constitutivo propio de una coautoría —pasando en silencio la aplicación de su estructura—, en circunstancias de que únicamente una relación de agencia compartida está en condiciones de justificar dicho efecto.

Debido a lo anterior, los esfuerzos invertidos recientemente por parte de un creciente sector doctrinal que apoya la posibilidad y necesidad de una coautoría imprudente no pueden sino destacarse. Más allá de los reparos susceptibles de formular en contra de la tendencia a modificar el concepto de coautoría en pos de acomodar su aplicación al

injusto imprudente, como del instrumental teórico del que se sirven algunas de tales propuestas constructivas, conforme los comentarios vertidos en el apartado anterior, en términos globales, su mérito reside en el reconocimiento de la urgencia por fundamentar el carácter conjunto que debiese exhibir el comportamiento que fundamenta la adscripción a título imprudente de la realización conjunta del respectivo tipo delictivo.

Precisamente, con arreglo a la nota anterior, el modelo de análisis que se propone y desarrolla en el siguiente capítulo intentará articular un examen coordinado del fundamento que hace del comportamiento de varios sujetos una infracción de deber imprudente, por un lado, y de la coautoría en tanto que modalidad objetiva de imputación de dicha forma de infracción de deber, por otro.

CAPÍTULO SÉPTIMO. COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE: APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS PROPUESTO

I. Consideraciones preliminares de orden conceptual: ¿coautoría imprudente, coautoría en el delito imprudente o coautoría en un injusto imprudente?

Dado que, por un lado, la posibilidad de una coautoría descansa sobre un fundamento distinto al de la autoría directa, como estructura prototípica de autoría, mientras que la imprudencia, por su parte, constituye un criterio de imputación subjetiva de carácter subsidiario frente al dolo, la aplicación coordinada de ambas categorías solicita algunas breves, pero indispensables disquisiciones de orden conceptual. La necesidad de abordar con cierta detención este asunto preliminar responde a que por este medio se deja advertir cuál de ambas —la coautoría o la imprudencia— suele recibir prioridad analítica en el desarrollo del problema, de tal modo que a una acaban por introducirse o adosarse elementos de la otra. Pero no solo por eso. Ocurre que a cada una de las alternativas nominales próximas a tratar subyace implícitamente —o, en cualquier caso, con base en tales rótulos puede atribuirse— una batería de compromisos sistemáticos concernientes a la economía interna de la teoría del delito que cobran capital relevancia para la comprensión y articulación de una eventual coautoría en un hecho imputable a imprudencia. Por ejemplo, de asumirse la tesis mayoritaria según la cual, en los hechos imprudentes al menos, el carácter antinormativo de un comportamiento depende de que este sea contrario a cuidado, entonces, simplemente por extensión, ya en el juicio relativo a la infracción de esa medida cuidado debiese considerarse el carácter conjunto del respectivo comportamiento. En cambio, de no admitirse esa tesis, sigue teniendo importancia determinar si para la configuración de una posible coautoría —como de cualquier otra modalidad de intervención delictiva— basta nada más que la realización de un comportamiento potencialmente antinormativo o si, por el contrario, se requiere también de algún criterio que habilite su imputación subjetiva. De responderse esto último en forma afirmativa, cabría luego dilucidar si el respectivo criterio de imputación subjetiva opera como presupuesto (externo) o más bien como elemento (interno) de la correspondiente instancia de coautoría. En fin, desde esta última óptica, a partir de la toma de posición en favor de una relación lógico-conceptual de *aliud*, o bien de *plus-minus* entre dolo e imprudencia, parecería posible desprender en cada caso consecuencias diferenciadas por lo que hace a la estructura de la coautoría. En lo que sigue, se ofrece un examen crítico de algunas nomenclaturas al uso con el propósito de situar conceptual y sistemáticamente el argumento.

Sea para admitir o impugnar el nexo anticipado la etiqueta más extendida es *coautoría imprudente*¹¹⁵². Amén de ser la vía más intuitiva y aparentemente sencilla entre las disponibles, hablar de “coautoría imprudente” permitiría hacer explícito que los requisitos constitutivos de la coautoría deben modularse cuando se trata de aplicarla a hechos imputables a imprudencia. Como fuese ya registrado, frente a la crítica más recalcitrante contra su plausibilidad, la réplica entre los partidarios de la figura suele rezar como sigue: no es lícito extrapolar a la coautoría imprudente ciertos elementos concebidos únicamente para una “coautoría dolosa”¹¹⁵³. Con base en dicha premisa, la articulación de un nexos intersubjetivo entre los coautores deviene alterada, pues tal nexos —a tenor de las tesis constructivas más extendidas— pasa a reconocer su objeto de referencia en la creación conjunta de un riesgo o en la realización conjunta de una acción descuidada. En ese sentido, desde un plano conceptual, adviértase que el alegato en pos de una “coautoría imprudente”, y, sobre todo, la forma en que suele desenvolverse teóricamente dicho alegato, dejan como saldo la posibilidad de que con coautoría quepa denotar comportamientos categorialmente diversos, dependiendo de si la realización conjunta del respectivo tipo es subjetivamente imputable a dolo o a imprudencia.

La divergencia cualitativa en sus elementos constitutivos provoca un cercenamiento del concepto de coautoría, siendo precisamente dicha duplicación el principal reparo que suscita el desarrollo del problema bajo los literales términos de una “coautoría imprudente”. Ante todo, porque, *de lege lata*, a partir de esta vía la coautoría en hechos imputables a imprudencia queda innecesariamente expuesta a la condición de categoría *ad hoc* y sumida en un eventual conflicto de analogía. Pero también existen razones de orden técnico que desaconsejan utilizar dicho rótulo sin reserva ni precisión alguna.

Ciertamente, la referencia a una “coautoría imprudente” se encontraría justificada si el respectivo criterio de imputación subjetiva determinase *directamente* una alteración en el seno del nexos intersubjetivo entre potenciales coautores, pero este no es el caso. Como se ha insistido en esta investigación, la consistencia en los compromisos cognitivos que operan como presupuesto para toda instancia de coautoría únicamente se encuentra referida a la realización de una acción (u omisión) conjunta; dolo e imprudencia, en cambio, constituyen criterios de imputación subjetiva que se fundamentan con base en la atribución de un compromiso cognitivo de segundo orden, esto es, de la creencia o del

¹¹⁵² Solo por vía de ejemplo: KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft, passim*; KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft, passim*; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, pp. 561 y ss.

¹¹⁵³ Para este argumento (aunque no todos suscribiendo la nomenclatura en comento), HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 79 y 195; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 157; OTTO, *JURA* (1990), p. 48; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 284; WEIßER, *JZ* (1998), p. 232. De otra opinión, SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, p. 163, quien, a diferencia del anterior grupo de autores, correctamente considera que ante todo se trata de una diferencia estructural entre dolo e imprudencia.

error relativos a la circunstancia de que esa misma acción conjunta exhibiría adicionalmente la propiedad de satisfacer cierta descripción típica. Tras la precisión pulsa una distinción de fondo. En efecto, las reglas de imputación subjetiva, por un lado, y las modalidades de intervención delictiva, por otro, están consagradas a responder preguntas distintas entre sí; las primeras determinan si acaso el o los sujetos se encontraban en condiciones psicofísicas (actuales o no) de evitar la realización del tipo, mientras que las segundas permiten especificar la clase de vínculo agencial (directo o indirecto) identificable entre el respectivo hecho y uno o varios sujetos a cuyo respecto se puede predicar la posibilidad de haber ejercido (directa, mediata o conjuntamente) alguna de esas formas de evitabilidad. En consecuencia, discurrir en términos de una “coautoría imprudente” supondría asumir que el respectivo criterio de imputación subjetiva pertenece (internamente) a dicha modalidad de intervención delictiva, cuando, en realidad la coautoría solo presupone (externamente) la presencia de algún criterio de evitabilidad que asegure la existencia de una relación agencial con el suceso¹¹⁵⁴. Por esta razón, y porque la coautoría no es ninguna categoría prescriptiva, sino una regla de imputación perteneciente a la Parte general, según fuese defendido antes, no es apropiado elaborar sus presupuestos sobre la dicotomía de un tipo “objetivo” y otro “subjetivo”.

Sin perjuicio de lo anterior, adjetivar como imprudente a la propia relación de coautoría podría generar una confusión adicional. Por pretender enfatizarse la ausencia de dolo referida a la realización del tipo, podría quedar oculto el hecho de que, en cualquier caso, ha de existir una relación agencial compartida entre los potenciales coautores. Contrastar “coautoría dolosa” y “coautoría imprudente”, en supuesta correspondencia con la diferencia que se deja establecer entre una acción conjunta (intencional) y un mero comportamiento colectivo (no intencional como tal), importaría desconocer que toda acción conjunta—incluyendo, desde luego, la que fundamenta una eventual imputación por imprudencia— requiere, bajo alguna de sus posibles descripciones, de la apropiada consistencia en los compromisos cognitivos y prácticos atribuibles a los (en tal virtud) coagentes¹¹⁵⁵. Puesto que la incapacidad de evitación actual forma parte del *definiendum* del injusto imprudente, pero no constituye su *definiens*, desde ya, resulta crucial advertir

¹¹⁵⁴ Sobre la dependencia pragmática existente entre tales categorías, véase *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.2.

¹¹⁵⁵ En sentido similar para este grupo de constelaciones, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 339, señala que, sin que exista dolo respecto de la realización típica, sí es necesario, en cambio, un acuerdo que represente una conducta “dolosa” respecto de la coautoría misma. Aunque en referencia a la participación en el delito imprudente, véase también SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, p. 108, precisando que, respecto a la producción del resultado, la conducta del partícipe es imprudente, pero con respecto a la participación en el hecho principal, el “partícipe obra con «dolo» de ayudar”. Cabe registrar que ambos autores toman la precaución de entrecomillar la expresión dolo. Sin embargo, en lugar de dolo, en el texto ha preferido utilizarse la expresión compromiso cognitivo, pues por medio del dolo se atribuyen contenidos doxásticos que tienen otro objeto de referencia—la realización del supuesto de hecho de algún tipo delictivo—, mientras que aquí se trata de la creencia de realizar con otro una acción conjunta, por de pronto, independiente de la clase de injusto que pueda fundamentar.

que lo defectuoso en estos casos no se predica de la relación agencial compartida, sino de las condiciones bajo las cuales se colocan los coagentes de cara a poder evitar que realicen conjuntamente un tipo de delito.

Ahora bien, y a modo de prevención, no está demás consignar que la relación de *aliud* que media entre dolo e imprudencia —tesis aquí defendida a propósito de la relación lógico-conceptual entre ambas categorías¹¹⁵⁶— no determina en modo alguno que, de manera correlativa, también tenga que existir semejante relación entre una presunta “coautoría dolosa” y otra “coautoría imprudente”. Ciertamente, puede convenirse en que no es lo mismo que dos o más sujetos sean coautores en un injusto doloso que en un injusto imprudente —en cada caso, la realización del tipo se imputa bajo modalidades de infracción de deber distintas—, mas ello solo informa acerca de circunstancias que fundamentan sendas capacidades de evitación de los coagentes, y no de que, según su adjetivación, el concepto de *coautoría* pueda significar dos cosas distintas. Como fuese ya registrado, ni las modalidades de intervención delictiva se encuentran referidas *directamente* a las de imputación subjetiva —sino más bien al comportamiento que se imputa a través de alguna de ellas—, ni los criterios de imputación subjetiva, por su lado, se predicán de las modalidades de intervención delictiva. A pesar de que, en tanto que esquemas de adscripción de *agencia*, las formas de autoría presuponen una infracción de deber que cualifique el (comportamiento que es) objeto de imputación, en términos de permitir que cuente como un injusto jurídico-penal, aquellas siguen teniendo por función la de imputar *dicho objeto*, así cualificado. La prueba más patente de esto último se obtiene a partir de la posibilidad de que, como más adelante se verá, dos o más sujetos podrían infringir conjuntamente una medida de cuidado y, sin embargo, no ser coautores.

En seguida, la incómoda adjetivación de una coautoría como imprudente queda de relieve si, en contrapartida, para caracterizar el comportamiento de dos o más sujetos conforme a cuidado, se hablara de una coautoría “cuidadosa”; con ello, más bien, se torna evidente que la exigencia de cuidado que situacionalmente necesitarían adoptar de manera conjunta dos o más sujetos no tiene en vista configurar (en términos de disponer) la forma en que tiene que articularse semejante relación de agencia compartida, sino más bien resguardar la capacidad de evitación de tales sujetos¹¹⁵⁷. Por el contrario, cabría hablar de una acción conjunta cuidadosa, pero no de coautoría, precisamente porque esta categoría se aplica a un objeto de eventual imputación jurídico-penal.

¹¹⁵⁶ Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. I.2.

¹¹⁵⁷ Descuidado no es el comportamiento (en este caso, conjunto) antinormativo, sino la acción conjunta previa en la que los coagentes han dejado de aplicar una medida de cuidado que les habría permitido hallarse en condiciones de evitar realizar aquel comportamiento. En este caso, afirmar que el descuido se predica del comportamiento antinormativo equivaldría a decir que los coautores habrían debido realizar el tipo “cuidadosamente”. Para esta precisión a nivel general, fundamental, KINDHÄUSER, *REJ*, 22 (2015), p. 22.

Por todo lo anterior, y a reserva de lo que enseguida se añade a este respecto, en lugar de “coautoría dolosa” o de “coautoría imprudente”, se trata siempre de una coautoría *simpliciter*, necesitada de la especificación de la clase de injusto que a través de ella se imputa: un injusto doloso o un injusto imprudente.

Si estuviera latente en todo momento la prevención de que la infracción de una exigencia de cuidado es un criterio que permite que un determinado comportamiento, objeto de una eventual imputación jurídico-penal, adquiera la propiedad de ser imputable a título de imprudencia (esto es, como injusto imprudente), y se tomara en cuenta, a su vez, que la coautoría se predica respecto de la realización conjunta de un hecho que puede quedar cualificado como injusto por esta vía, solamente entonces no sería vicioso discurrir en forma elíptica en torno de una coautoría (en un injusto) imprudente. Por ello, y por razones de economía gramatical, en esta investigación se ha utilizado en ocasiones la denominación coautoría imprudente; en lo sucesivo, podría aquí seguir utilizándose, pero siempre con la reserva de que lo imprudente no está referido a la relación de coautoría.

Dado que dolo e imprudencia, en tanto que criterios de imputación subjetiva, median en la adscripción de la realización de comportamientos previstos en la Parte especial, otro sector de la doctrina sugiere hablar de *coautoría en el delito imprudente*. Como propone Bloy, de este modo se vuelve posible especificar que no se realiza imprudentemente la coautoría, sino el delito del cual resulta una intervención a título de coautoría¹¹⁵⁸.

En parangón con la denominación anterior, esta alternativa ofrece la ventaja de explicitar que lo imprudente, en efecto, no se refiere a la modalidad de intervención delictiva, sino al hecho de cuya adscripción se trata. Por esta razón, asimismo, bajo un desarrollo consistente habría de permitir que se conserve la homogeneidad en los elementos constitutivos de la coautoría, de manera que estos no devengan internamente afectados por el criterio de imputación subjetiva que resulte aplicable.

Así y todo, proceder por referencia a una “coautoría en el delito imprudente” exhibe sus propias dificultades. En efecto, a esta nomenclatura subyace un compromiso normológico con la idea de que el objeto de imputación en el “delito imprudente” y el “delito doloso”

¹¹⁵⁸ Cfr. BLOY, GA (2000), p. 395, quien también habla de una “comisión en coautoría en el delito imprudente” (*mittäterschaftlichen Begehung beim Fahrlässigkeitsdelikt*). Se acoge a este modo de ver, KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetlichkeitsprinzips*, p. 239. De modo similar, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, p. 170: se trata de la pregunta por la posibilidad de una “realización en coautoría de delitos imprudentes” (*mittäterschaftlichen Verwirklichung von Fahrlässigkeitsdelikten*); HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 193, se refiere a una “coautoría en el delito imprudente” (*Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*); SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 160 nota 5, quien, siguiendo a Bloy, también considera preferible hablar de una “coautoría de/en un delito imprudente”.

sería categorialmente diverso. Si, técnicamente contemplado, el concepto de delito designa el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento (jurídico-penalmente reforzada), la invocación de un “delito imprudente”, *stricto sensu*, se explica mejor desde alguna de las comprensiones que fraguan en su seno una norma primaria autónoma, en términos de que el contenido de la prohibición ínsito en ella sería distinto al de un “delito doloso”. Desde la perspectiva del modelo teórico que aquí se favorece, en cambio, el contenido de las normas de comportamiento no varía en función del criterio de imputación subjetiva que resulte eventualmente aplicable; la operatividad de alguno de estos solo representa una condición para la aplicación de la norma de sanción¹¹⁵⁹. Y esto en nada cambia tratándose de *hechos susceptibles de imputar a imprudencia*¹¹⁶⁰. Pues, como ha intentado mostrarse antes¹¹⁶¹, aunque las exigencias de cuidado se articulen como estándares deónticos, su función no es intensificar el contenido axiológico de una norma de comportamiento, sino que operar como un criterio de evitabilidad secundaria que permita, bajo ciertas condiciones, fundamentar la imputación extraordinaria de un hecho.

En cualquier caso, nótese que la expresión “coautoría en el *delito* imprudente” obligaría a exigir, como en todo hecho delictivo, la culpabilidad de los intervinientes, en circunstancias de que, como fuese sostenido en la *Primera parte* de esta investigación¹¹⁶², no hay razones suficientes para que, ya desde un plano conceptual, las modalidades de intervención delictiva presupongan una capacidad y exigibilidad de motivación conforme a la norma. Es factible, entonces, la coautoría en un hecho no delictivo, pero sí imputable subjetivamente, como el realizado conjuntamente por dos inimputables.

Por fin, la alternativa que se propone es *coautoría en un injusto imprudente*. Con este rótulo procura aquí expresarse dos aspectos cruciales para la reconstrucción teórica de una posible coautoría en un hecho imputable a imprudencia: por un lado, la necesidad —

¹¹⁵⁹ La expresión “delito imprudente” parece sugerir la idea de que a partir de las instancias concretas de apertura del régimen de *numerus clausus* que suele gobernar la punición *por* imprudencia operaría una extensión del catálogo de comportamientos prohibidos. Pero ello no puede ser así, tanto porque objetivamente el comportamiento prohibido es el mismo que el que por defecto admite una eventual imputación a título de dolo, cuanto porque no es posible introducir en la clase de acción (*act-type*) descrita en el correspondiente tipo de delito aspectos que son inherentemente sensibles a la (operación de atribución de la) concreta acción que la ejemplifica (*act-token*).

¹¹⁶⁰ Hablar de un “hecho susceptible de imputar a imprudencia” no es lo mismo que de “hecho imprudente”. De nuevo, por economía gramatical acaso podría hablarse (como ocasionalmente se hace aquí) de hecho imprudente, mas siempre cabría tener presente que, estrictamente entendida, dicha forma de expresar tendría que entrañar que lo imprudente (el criterio de imputación) sería una propiedad *del hecho*, y que, por ende, serían “aprehensibles” como tales, cuando en realidad se trata de un atributo que se adscribe, en tanto en cuanto *el mismo* comportamiento, con base en otro fundamento, podría ser *imputado* a dolo.

¹¹⁶¹ Con más detalle, Cap. Tercero, apdo. II.2.1.

¹¹⁶² Véase *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.1.

de cara al principio de legalidad— de conservar un concepto unitario de coautoría y, por otro, el nexo funcional entre tales modalidades de autoría e imputación subjetiva.

A propósito de la expresión “coautoría imprudente” ya se han consignado antes las razones que desaconsejan duplicar el concepto de coautoría. Por ello, ahora solo cabría insistir en que lo definitorio de *toda* instancia de coautoría reside en que, por tratarse de un criterio de autoría, permite atribuir a título propio el quebrantamiento conjunto de una norma de comportamiento. La elaboración interpretativa de qué comportamientos habrían de satisfacer la cláusula “realización conjunta”, y, más específicamente, la determinación de los presupuestos generales de los cuales depende la responsabilidad penal de dos o más sujetos, en tanto que *coautores*, no tendría que resultar alterada por el carácter doloso o imprudente del injusto que por medio de esta modalidad de autoría se les imputa. En ambos casos se trataría de una infracción de deber (dolosa o imprudente) conjunta¹¹⁶³.

La argumentación anterior podría someterse a la siguiente réplica. De acuerdo con el principio de indiscernibilidad de los idénticos (versión de la también llamada *Ley de Leibniz* o de identidad de los indiscernibles), solo si las propiedades cualitativas de dos objetos son las mismas, entonces puede sostenerse que se mantiene una relación de identidad entre ellos. Con arreglo a una aplicación conceptual de dicho principio (es decir, no interesa aquí la identidad numérica, sino la cualitativa), cabría preguntar en este contexto: si la coautoría en un hecho imprudente requiere, a diferencia de la coautoría en un hecho doloso, la infracción conjunta de una exigencia de cuidado, ¿realmente se trata en ambos casos de un mismo criterio de autoría? Pues bien, para esto cobra capital relevancia anticipar, desde ya, que la *infracción* conjunta de dicha exigencia de cuidado es un elemento que permite caracterizar el comportamiento como uno potencialmente imprudente, mientras que el carácter *conjunto* de esa misma infracción, como de la realización del tipo, es lo que habilita a imputar ese hecho a título de coautoría. Nada problemático existe en la posibilidad de que hechos concretos con distintos atributos puedan ejemplificar un mismo concepto de coautoría. Una manzana roja y otra verde se diferencian en el color, pero comparten ciertas propiedades esenciales (v. gr. la de ser fruto de un manzano) que permiten que, a pesar de sus atributos específicos, ambas puedan contar como instancias de un mismo concepto¹¹⁶⁴.

En cuanto al segundo aspecto arriba mencionado, y tal como fuese sostenido en el capítulo anterior, cuando la doctrina detractora de esta figura esgrime que el objeto de referencia

¹¹⁶³ Recuérdese que, desde el modelo de análisis que aquí se sigue, la noción de “deber” ha de ser entendida por referencia a una acción concreta cuya omisión o ejecución se obtiene como conclusión en un silogismo práctico cuya premisa mayor está ocupada por una norma de comportamiento. Para la imprudencia cabe acudir a un silogismo secundario. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2.; y, con más detalle, en este mismo capítulo, *infra* IV.2.2.

¹¹⁶⁴ Se aplica así un argumento ofrecido en la *Primera parte* de esta investigación, acerca de la pregunta de si existe una “autoría dolosa” diferente de otra “autoría imprudente”. Cfr. *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.2.

de la usualmente llamada “resolución conjunta” es la realización de un tipo delictivo — con lo cual se la presenta como una suerte de “dolo común”—, ciertamente, acaban fundidas en una sola dos preguntas que necesitan ser analíticamente diferenciadas. Ahora bien, de esta última precisión no se sigue que el respectivo criterio de evitabilidad individual (dolo o imprudencia) resulte indiferente para el establecimiento de la relación de intervención delictiva¹¹⁶⁵. Al contrario, si se admite la tesis de que las formas de autoría representan esquemas jurídico-penales de adscripción de agencia, irreducibles, por ende, a la sola constatación de antinormatividad¹¹⁶⁶, y, a su vez, si se asume que, en un contexto jurídico-penal, el concepto de acción exige alguna capacidad de evitación en el sujeto que (solo en tal medida) puede considerarse agente del suceso en cuestión¹¹⁶⁷, entonces resulta indispensable que todo hecho imputable a título de coautoría presuponga la aplicación de algún criterio de imputación subjetiva que dé cuenta de tal capacidad de evitación.

Este nexo funcional, defendido aquí bajo la tesis de una *dependencia pragmática*, emplaza a efectuar un análisis coordinado de ambas cuestiones: la respuesta sobre cómo un sujeto responde por el (comportamiento que es) objeto de la imputación presupone la existencia de razones que *preliminarmente* justifiquen por qué se le atribuye en tanto que infracción de deber (esto es, como un injusto jurídico-penal); a su vez, la forma concreta de comportamiento que el agente, según el caso, habría debido omitir o habría debido ejecutar para evitar la realización del tipo, o bien para mantenerse en condiciones tales de ser capaz de evitarlo, tampoco es insensible a la clase de relación agencial subyacente.

Por último, recurrir a la noción de injusto —es decir, a un comportamiento potencial o efectivamente antinormativo constitutivo de una infracción de deber—, en lugar de la de delito, permite especificar que la diferencia entre la imputación de un *mismo hecho* a título de dolo o de imprudencia no afecta, en términos normológicos, al comportamiento que es objeto de esa imputación, sino a la forma en que se articula el juicio de evitabilidad, situacionalmente contextualizado, atribuible a su realización¹¹⁶⁸. De esta manera, se vuelve explícita la tesis según la cual, a nivel sistemático, los *juicios de adscripción* de un hecho como injusto (doloso o imprudente) y a título de (co)autoría constituyen operaciones que, aunque por razones distintas, comparten la cualidad de ser

¹¹⁶⁵ Desde otra perspectiva, véase SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, pp. 163, 216, nota 7, y p. 264, para quien, en los hechos dolosos e imprudentes existe una “equivalencia estructural” en cuanto a los rasgos que definen el carácter común de la realización de un hecho, además de que las expresiones “cometer” y “conjuntamente” —empleadas en el § 25 II StGB— son aplicables a ambos casos, en tanto que referidas a la acción u omisión conjunta; mientras que la imputación subjetiva solo puede determinarse individualmente, y de ahí que, según Sung-Ryong, la “diferencia estructural” entre el delito doloso y el delito imprudente afecte únicamente a la imputación del hecho a cada coautor.

¹¹⁶⁶ Al respecto, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.

¹¹⁶⁷ Sobre este asunto, especialmente por referencia a la imprudencia, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.1.

¹¹⁶⁸ Sobre la distinción entre las nociones de “antinormatividad” e “injusto” (como infracción de deber) desde el modelo de hecho punible que aquí se ha seguido, *supra* Cap. Primero, apdo. II.

inherentemente sensibles a la relación agencial que vincula a los sujetos con el respectivo objeto de la imputación¹¹⁶⁹.

II. Esquema de análisis que se propone: inevitabilidad evitable conjunta de la realización del hecho

Como habrá podido advertirse con ocasión de la ponderación de otras alternativas constructivas, así como a partir de las disquisiciones con las que recién ha intentado justificarse el rótulo escogido para caracterizar a la estructura de imputación a la que serán aplicados los desarrollos previos de esta investigación, aquí se ha procurado dar prioridad a un análisis justamente estructural, es decir, uno destinado a enfatizar tanto las particularidades que exhiben ambos criterios de imputación —la coautoría y la imprudencia—, como la forma en que se dejan conjugar entre sí tales particularidades. Con otras palabras: se tratará de razonar la aplicación de la coautoría en clave del injusto imprudente, y, a su vez, del injusto imprudente en clave de coautoría.

Pues bien, según ha intentado mostrarse en capítulos anteriores¹¹⁷⁰, algunos de los contenidos presentes en los compromisos doxásticos y prácticos en que descansa una relación de agencia (tanto individual como compartida) puede incidir en la configuración del respectivo criterio de imputación subjetiva. Tratándose de constelaciones de imprudencia, la clase de relación agencial (directa, mediata o compartida) subyacente también determina variaciones relevantes en los esquemas de imputación aplicables. Para estos efectos, de nuevo, resulta ilustrativo proceder por vía comparativa. Así pues, si es un solo agente a quien se atribuye en forma directa la realización de un hecho imputable a imprudencia, dicho esquema puede presentarse del siguiente modo:

si A ha carecido de la capacidad de formarse y/o realizar la intención de abstenerse de ejecutar *x* (comportamiento prohibido) o de realizar *y* (comportamiento requerido) porque contaba con razones epistémicas aparentes que le han impedido anticipar que tal acción u omisión probablemente se subsumiría en la descripción de un tipo delictivo, podría, sin embargo, imputársele extraordinariamente la realización de ese hecho *qua* injusto imprudente, si, de haber aplicado individualmente cierta medida de cuidado, A hubiese estado en condiciones de formarse una creencia e intención contrarias y, con ello, podido asegurar su capacidad actual de evitar individualmente la ejecución de *x* o de omitir *y*, como instancias de realización del respectivo tipo.

¹¹⁶⁹ Sobre su ubicación sistemática en el primer nivel de la imputación, relativa a la capacidad de acción (= evitación), *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.1.

¹¹⁷⁰ Especialmente, *supra* Cuarto, apdo. II.2.

En cambio, la imputación a título de coautoría de un comportamiento conjunto *qua* injusto imprudente exigiría cuando menos dos significativas variaciones de aquel esquema, reconociendo un itinerario constructivo que puede sintetizarse como sigue:

primero: que *A* y *B* (*C*, *D*,...) compartan la creencia (*verdadera*) de que el comportamiento que cada uno individualmente ejecuta (x_1 , x_2) u omite ejecutar (y_1 , y_2) es parte componente de una acción (x_c) u omisión (y_c) conjunta, contando, empero, con razones epistémicas aparentes (error o ignorancia) que les han impedido incluir, como *contenido adicional* de dicha creencia, el hecho de que tal acción u omisión conjunta probablemente satisfaría la descripción de un tipo delictivo, o de que eventualmente, a causa de ella, se verían imposibilitados de estar en condiciones tales de evitar conjuntamente la realización de ese tipo delictivo, y de lo cual, en principio, solo podría desprenderse a su respecto una incapacidad de evitación conjunta (ausencia de dolo). Segundo: si, con todo y esto, de haber aplicado una medida de cuidado que hubiese asegurado sus respectivas capacidades de evitación, *A* y *B* hubiesen estado en condiciones tales de —en caso de proponérselo— no ejecutar conjuntamente *x* (como instancia de un comportamiento prohibido), o bien, de ejecutar conjuntamente *y* (como instancia de un comportamiento requerido), entonces, la realización del respectivo tipo (comisivo u omisivo) podría imputárseles extraordinariamente a título de coautores, sobre la base de una *inevitabilidad evitable conjunta*¹¹⁷¹.

Como se aprecia, el análisis conducente a la afirmación de la eventual coautoría en un injusto imprudente debe ser capaz de dar cuenta de la existencia de un *déficit compartido*. Para ello, necesita mostrar que la realización del tipo tiene lugar a través de una prestación *conjuntamente deficitaria*, y, a la vez, que la razón del déficit (compartido) se explica con cargo a un comportamiento que también es conjunto. Así, la estrechez del eventual nexo entre ambas categorías se deja reconocer en el hecho de que la imprudencia designa una forma de evitabilidad secundaria en la realización de un tipo delictivo, mientras que la coautoría funciona como un criterio por medio del cual puede imputarse dicha realización *qua* conjunta. Nótese, sin embargo, que ello no significa que se trate de comportamientos *deficitariamente conjuntos*. Como se verá, el déficit en cuestión se predica de las condiciones bajo las cuales conjuntamente se realiza el tipo delictivo, mas no de la relación agencial compartida en cuanto tal, ya que esta tendrá que poder reconocerse en el comportamiento que fundamenta la respectiva instancia de evitabilidad conjunta.

En lo sucesivo, dicho esquema de análisis será desarrollado en dos niveles. El primero se cifrará en la necesidad de identificar un comportamiento conjunto entre dos o más sujetos, en tanto que eventual objeto de imputación, así como en la comprobación del déficit bajo

¹¹⁷¹ Sobre la inevitabilidad evitable de la realización típica como rasgo definitorio de la imprudencia, véase *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2., con las respectivas referencias de los autores que patrocinan este modelo.

el cual tales sujetos han ejecutado (u omitido) conjuntamente ese comportamiento. El segundo nivel de análisis, en cambio, se concentrará en el reconocimiento de una acción conjunta contraria a cuidado y, de manera correlativa, en la elaboración contrafáctica del comportamiento que esos sujetos tendrían que haber desplegado en pos de resguardar las capacidades cuyo ejercicio les habrían permitido evitar conjuntamente la realización del comportamiento que, sin embargo, justamente por esa razón, puede imputárseles en forma extraordinaria. Como se verá, de ello se sigue que, en el primer nivel, habrán de excluirse como posible instancia de coautoría en un injusto imprudente, entre otros casos, aquellos en que no existe una realización conjunta del hecho, aunque sean varios los que infringen una exigencia de cuidado; el segundo nivel de análisis, en cambio, conducirá a excluir, junto con otros supuestos, aquellos en los que, a pesar de que dos o más sujetos (*prima facie*) realizan conjuntamente el mismo hecho, la incapacidad de evitación que los afecta no descansa en la falta de aseguramiento de una capacidad de evitación conjunta.

III. Realización del hecho por un comportamiento conjunto deficitario

A pesar de que fenomenológicamente la infracción de una exigencia de cuidado antecede a la realización de un comportamiento antinormativo (esto es, el que satisface el supuesto de hecho descrito en un tipo de la Parte especial), esto último exhibe prioridad analítica, pues la pregunta acerca de una forma de evitabilidad presupone haber fijado el objeto al cual tendría que haberse aplicado dicha capacidad de evitación. Esta estructura no resulta alterada por el hecho de que la concreta instancia de comportamiento antinormativo sea ejecutada por dos o más sujetos. Al contrario, dicha ordenación viene condicionada por el evidente, pero no trivial antecedente de que la indagación acerca de un eventual *déficit compartido* solo cabe ser formulada en la medida en que tal comportamiento descuidado desempeña la prestación de explicar la inevitabilidad en la *realización conjunta* de un tipo delictivo.

De este modo, el primer requisito constructivo de una coautoría en un injusto imprudente se desdobra en la necesidad de que dos o más sujetos hayan realizado conjuntamente un tipo de delito y en que dicha realización haya tenido lugar bajo una condición de actual inevitabilidad por parte de estos.

1. Realización conjunta del hecho

1.1. Realización conjunta y unidad típica de acción

Como en todo supuesto de coautoría, es necesario que el comportamiento concreto que satisface la descripción de la clase de acción especificada en el respectivo tipo delictivo,

a nivel de antinormatividad, sea cuando menos *susceptible de ser descrita* como una acción u omisión conjunta. Puesto que se trata aquí de un hecho imputable a imprudencia, será también preciso que se encuentre consumado. Pero, en cambio, dado que en este nivel de análisis todavía no se interroga si —y, en su caso, por qué— tales sujetos podían haber evitado realizar conjuntamente ese tipo delictivo, sino únicamente si su comportamiento conjunto satisface la clase de acción u omisión descrita en él, este no necesariamente tiene que ser intencional. De hecho, como habrá oportunidad de precisar a propósito de la coautoría por omisión, el grupo de casos tradicionalmente identificados como *omissio libera in causa* imprudente podrían, bajo ciertas condiciones, dar lugar a una imputación a título de coautoría.

Pues bien, como fuese puntualizado a propósito de la estructura básica de la coautoría, que el comportamiento desplegado por dos o más sujetos sea susceptible de ser descrito como “realización conjunta del hecho” depende de que las contribuciones discretas prestadas por cada uno de ellos puedan ser unificadas interpretativamente como un solo quebrantamiento de la norma respectiva, esto es, como una *unidad típica de acción*¹¹⁷².

A este último respecto rigen fundamentalmente los desarrollos antes ofrecidos a propósito de la determinación de la calidad y medida necesarias que caracterizan a las partes componentes de dicho comportamiento complejo. Formulado sintéticamente, el criterio general reza como sigue: las contribuciones han de insertarse en una relación de complementariedad, expresiva de una simetría que puede calibrarse con arreglo a la interdependencia funcional que permite unificar tales contribuciones. Dicha relación de complementariedad es indispensable ya que se trata, precisamente, de la composición de una acción compleja, mientras que la simetría entre tales aportes fundamenta su condición de “parte apropiada” con relación al todo a cuya composición contribuye¹¹⁷³. Solo de esta manera, según fuese sostenido, quedará justificada, por un lado, la ulterior imputación del quebrantamiento de una norma de comportamiento, a título propio, respecto de todos los sujetos, y, por el otro, la equivalente sanción penal que les amenaza por ello.

¹¹⁷² Para la distinción entre esta formulación y la clásica teoría objetivo-formal, a la que subyace más bien la articulación de una “unidad de acciones típicas”, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. III.4.3. Como se advierte en el texto, en este nivel de análisis interesa fundamentalmente que los comportamientos de los potenciales coautores sean constitutivos de una unidad *típica* de acción, y no tanto, en cambio, que sean imputables *qua* “acción”, en sentido técnico, pues la capacidad de evitación en hechos imprudentes se fundamenta con cargo a un comportamiento distinto al que realiza el tipo (esto es, en la falta de adopción de una exigencia de cuidado).

¹¹⁷³ Para el complemento de este criterio con las categorías de la unidad de acción, así como para su diferenciación con la perspectiva contrafactual ínsita en la exigencia de esencialidad *ex ante* de los aportes, característica del dominio funcional del hecho, Cap. Quinto, apdo. IV.2.1.

La aplicación indiferenciada de tales consideraciones generales al injusto imprudente descansa en el hecho de que semejante unidad típica de acción se configura con plena independencia del criterio de imputación subjetiva que resulte eventualmente aplicable. Así, *v. gr.*, en el *Caso de las rocas rodantes*, la interdependencia funcional que pueda (o no) predicarse de las acciones desplegadas por cada uno de los dos sujetos respecto de la realización del tipo de homicidio es exactamente la misma, sea que ambos, al momento de realizar su aporte, hubiesen previsto que una de las consecuencias causales de arrojar tales rocas sería la producción de la muerte de otra persona, sea que hayan ignorado esta posible consecuencia, a pesar de haber podido y tenido que preverla.

Al igual que en supuestos de coautoría en hechos imputables a dolo, también aquí los casos que, a primera vista, menos resistencias debiesen suscitar son aquellos en que los sujetos prestan aportes idénticos (acumulación de esfuerzos), de manera coordinada y simultánea, como ocurre en contextos típicos de división horizontal de labores homogéneas. Así sucede, por ejemplo, en el *Caso de la viga*, en el que ambos sujetos, de manera conjunta y descuidada, arrojan una viga desde la azotea de un edificio, causando la muerte de un transeúnte¹¹⁷⁴; o bien, el de intervenciones quirúrgicas en donde cada uno de los cirujanos que participa de la operación infringe la *lex artis*, causando entre todos la lesión o muerte de un paciente. Con todo, aun constelaciones como estas suelen ser blanco de alguna crítica: puesto que cada uno de los sujetos realiza un comportamiento que individualmente reviste relevancia causal, parecería innecesario recurrir a la coautoría¹¹⁷⁵. Ahora bien, aunque —por mor del argumento— se sostuviera, por ejemplo, que en el *Caso de la viga* la afirmación de una autoría individual directa, tanto de A como de B, no habría de descansar en la descripción (por lo demás, falsa) de que *cada uno* de tales operarios “arroja una viga sobre un transeúnte” o de que “realiza por sí solo” el sustrato fáctico que serviría de base para sus respectivas imputaciones, sino que, más bien, tendría que descansar en que cada uno de ellos ha realizado comportamientos que operan como partes necesarias de una condición mínima suficiente para el acaecimiento del resultado en cuestión, todavía una imputación a título de coautoría se ofrecería como una solución “cualitativamente más parsimoniosa”. En efecto, dado que, en este supuesto, la instancia de “arrojar una viga” es una acción compuesta que solo surge a partir de la reunión de (en este caso) dos partes componentes, la afirmación de sendas autorías paralelas habría de tomar como base de imputación tales comportamientos individuales,

¹¹⁷⁴ Así también SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 171, quien, en este caso, funda la coautoría en una “competencia conjunta” sobre la “fuente de peligro”. Obsérvese, sin embargo, que la posición de garante que, bajo ciertas condiciones, podría recaer sobre dos o más sujetos en función de un actuar precedente peligroso no determina aun su condición de *coautores*, ni nada dice tampoco respecto de su responsabilidad compartida en tanto que *coautores*.

¹¹⁷⁵ Para una exposición y réplica de la objeción consistente en el carácter presuntamente innecesario de esta estructura de imputación, véase *supra* Cap. Sexto, apdo. II.3.

pero luego de una operación de “descomposición” de aquella acción conjunta que sustenta su relevancia jurídico-penal¹¹⁷⁶. En cambio, el reconocimiento de una coautoría permite hacer explícito que ha existido *un* evento consistente en la muerte de una persona a raíz de que una viga ha caído encima suyo, y que dicho evento ha tenido lugar a raíz de la ejecución de *un* comportamiento ejecutado *conjuntamente* por parte de dos sujetos.

Ahora bien, dado que algún representante de la factibilidad de la coautoría en un injusto imprudente también podría discutir que, por el contrario, en el *Caso de la viga* realmente no se genera una superposición objetiva entre las estructuras de la autoría directa y de la coautoría¹¹⁷⁷, para poner de relieve la yuxtaposición de ambas estructuras imagínese un supuesto como el siguiente:

Los constructores avaros. Con el propósito de abaratar costos en la edificación que conjuntamente dirigen, los constructores *A* y *B*, recíprocamente se convencen en que la opción económicamente más viable para ambos es la de comprar andamios, arneses, cascotes, entre otros equipamientos, todos de segunda mano, para que sean utilizados por los operarios a su cargo. De esta manera, *A* y *B* infringen disposiciones reglamentarias relativas a la prevención de riesgos en materia de construcción a las que se encuentran legalmente obligados, y ponen en grave peligro la vida e integridad física de sus trabajadores, aunque desconocen esta última circunstancia, ya que confían plenamente en el escaso uso dado a tales equipamientos, según la información recibida del vendedor.

En *Los constructores avaros*, los comportamientos de *A* y *B*, ya individualmente considerados, satisfacen la acción descrita y castigada, como delito de peligro, en los artículos 316 y 317 CPE, respectivamente, con lo cual, en efecto, no resulta necesario que se les impute la realización del hecho, como uno solo, por la vía de una infracción conjunta. Formulada con la terminología más extendida, ello equivale a prescindir de la imputación recíproca de los aportes. Con todo, de nuevo, la respuesta a la pregunta por la conveniencia de una u otra forma de autoría no descansa en la imputación subjetiva del

¹¹⁷⁶ Dado que solo las contribuciones a una acción conjunta soportan una lectura tanto unificadora como atómica —esto es, como partes componentes de una acción conjunta y como acciones individuales, respectivamente—, también únicamente a propósito de ellas podría tener lugar dicha operación de “descomposición”. Lo anterior, en cambio, no ocurre en supuestos de autorías paralelas, pues en ellos justamente no existe una acción conjunta que deba ser sometida a dicha descomposición, para así averiguar la relevancia causal de un comportamiento individual. Ello permite comprender la diferencia que existe, por ejemplo, entre el *Caso de la viga* y una colisión automovilística entre dos conductores de la que resulta el fallecimiento de un tercero. Aun cuando en ambos casos se trate de un supuesto de causalidad cumulativa, en la colisión automovilística, el comportamiento de cada uno de los conductores no llega a formar parte de una acción *conjuntamente* ejecutada con otro, sino que únicamente convergen, produciendo un resultado.

¹¹⁷⁷ En efecto, hay quienes podrían considerar que la imputación a título de autoría de un hecho consumado requiere siempre que el resultado sea explicado totalmente a partir de la acción de el o los sujetos a quienes se imputa autoría. En consecuencia, en casos de causalidad cumulativa (como lo es el *Caso de la viga*), ello supondría que la imputación de un homicidio consumado solamente podría tener lugar a partir de una coautoría, y no de sendas autorías directas. Con más detalle al respecto, *supra* Cap. Octavo, apdo. III.1.2.1.

comportamiento de *A* y *B*, ni tampoco en la condición de delito especial propio de aquel hecho —calidad que tanto *A* como *B* cumplen—, sino más bien en sí, pese a la superposición objetiva de estructuras, revestiría todavía algún sentido imputar ese hecho a título de coautoría. A este respecto, el interrogante tampoco podría resolverse solamente por referencia al carácter ya típico del comportamiento de cada uno de los constructores, pues, del hecho de que la coautoría se articule como criterio que imputa la realización de un hecho *qua* “unidad típica de acción”, y, en cambio, no requiera forzosamente de la configuración de una “unidad de acciones típicas”, no se sigue que esta última posibilidad sea incompatible con la estructura de la coautoría¹¹⁷⁸. Como se sugirió a nivel general, podrían ser compatibles si, de acuerdo con las circunstancias concretas, la descripción del suceso como una lesión o puesta en peligro conjunta del respectivo bien jurídico ofreciera una explicación más precisa del mundo así configurado que, a la inversa, la explicación —cuantitativa y cualitativamente menos parsimoniosa— de una pluralidad de “ataques *paralelos* a ese bien jurídico”, constitutivos, entonces, de hechos delictivos distintos. Por otro lado, la solución de la coautoría permitiría tomar en consideración la existencia de un nexo intersubjetivo —dado en este ejemplo por la presencia contingente de un acuerdo entre los constructores— que no puede sino quedar oculto en la afirmación de una pluralidad de autorías directas. En consecuencia, si cada constructor realizara un hecho delictivo distinto, podría surgir la pregunta acerca de una inducción (recíproca), duda que, en una relación de coautoría, en cambio, no alcanzaría a formularse, al tratarse de un único hecho. Por último, que la realización del hecho tenga lugar a través de una acción conjunta significa que es esta la acción principal a la cual tendrían que acceder eventuales formas de participación delictiva; si, por ejemplo, un mismo empleado realizara una acción de cooperación que favorece el hecho de cada uno de los constructores, cabría preguntar en el hecho de cuál de ambos habría participado.

Como fuese señalado a propósito de los presupuestos generales de la responsabilidad del coautor, la prestación de un aporte en fase ejecutiva no es un requisito, sino un indicio que, de acuerdo con las circunstancias, permitiría considerar que el aporte prestado por un sujeto fundamenta una base suficiente para su condición de coautor. De ello se sigue, según fuese también analizado, que es factible la así llamada “coautoría vertical”, en la medida en que el aporte prestado por aquel que no interviene en la *ejecución* revista una entidad configuradora suficiente para reconocerlo integrado en la *realización* del hecho. Esto último podrá ocurrir, especialmente, cuando uno o más fijan y ordenan la aplicación de un patrón de agencia por parte de otro u otros sujetos, a los que, sin la contribución de los primeros, generalmente no se les generaría la respectiva oportunidad para la

¹¹⁷⁸ Si, en cambio, la coautoría fuese concebida como una estructura destinada únicamente a solventar déficits de tipicidad, un ejemplo como el ilustrado no suscitaría duda alguna.

acción¹¹⁷⁹. Si lo realizado por quienes intervienen en fase ejecutiva admite ser interpretado como una aplicación —o, en su caso, como una continuación— del patrón de comportamiento configurado —o iniciado— por otro(s), sin que los ejecutores padezcan algún déficit de imputación (que haga operativa la estructura de la autoría mediata), ni que su comportamiento se entienda como una acción totalmente independiente de la primera (que así quedaría reducida a un acto de inducción)¹¹⁸⁰, podría ser plausible el reconocimiento de una unidad de acción entre todos estos comportamientos.

Aunque sin referirse a una coautoría vertical, Luzón Peña ofrece un ilustrativo ejemplo de ello, a partir del caso de un maestro de obras que, de acuerdo con las sugerencias del constructor, y ambos movidos por ánimo de lucro, proceden a construir un edificio con materiales de defectuosa calidad, suministrados por el propio constructor, lo que posteriormente da lugar al hundimiento del edificio¹¹⁸¹.

1.2. Algunas constelaciones paradigmáticas y complejas desde una perspectiva causal

A propósito del tratamiento de la calidad y medidas que han de exhibir los aportes de los potenciales coautores fueron registradas algunas constelaciones problemáticas desde un punto de vista causal. La razón por la cual tales argumentos fueron presentados ya a nivel general obedece a que sus dificultades son independientes del criterio de imputación subjetiva aplicable. En cambio, la razón por la cual ahora se desciende en su análisis descansa en que, particularmente tratándose del injusto imprudente, debido a una presunta

¹¹⁷⁹ En todo caso, cabe tener presente que, aunque sea lo característico, no toda posible instancia de coautoría vertical descansará en aportes prestados en fase pre-ejecutiva. Es perfectamente factible que el “superior” intervenga también en fase ejecutiva, pero sin que realice de propia mano actos típicos. De ahí que, como ya se ha sugerido antes, la factibilidad de una “coautoría vertical” puede relacionarse con la noción de autoridad. Cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.2.3.2.

¹¹⁸⁰ La fuerza ilocucionaria del mensaje prescriptivo impartido por quien asume, como consecuencia de la división del trabajo, la labor de organizar la ejecución de un comportamiento por parte de otros es distinta a la de la instrucción emitida por quien, mediante ella, ofrece a otro una razón para ejecutar una acción *distinta*, con la que no se traba una relación de complemento. Esto diferencia, por ejemplo, la instrucción arriesgada emitida por parte del maestro de obra a los albañiles y la prescripción que descuidadamente imparte el médico a un paciente para que compre cierto medicamento.

¹¹⁸¹ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), p. 907, quien observa que, en realidad, dado que la obra se materializa a través de obreros como instrumentos (inconscientes o no libres), sería un caso de “coautoría mediata imprudente”. Más allá del hecho de que la efectiva instrumentalización de los trabajadores es contingente, la tesis anterior cabría ser matizada en el siguiente sentido: siendo efectivo el hecho de que, naturalmente, la obra solo podría materializarse mediante el aporte de propia mano de los trabajadores, ello no significa, sin embargo, que la edificación cuente como acción propia para el constructor y el maestro de obras en forma mediata, esto es, *solo* a partir de la atribución de lo que los trabajadores hacen. Al contrario, la obra ya es originariamente propia para los primeros, precisamente porque la dirección forma parte (fundamental) de su realización. Para confirmarlo basta con imaginar el escenario en el que la obra es ejecutada exitosamente: al constructor, al arquitecto y al aparejador no se les atribuiría de manera “mediata” el mérito, sino, al contrario, directamente y acaso en primer lugar.

falta de fundamento para la llamada imputación recíproca, parecería aun más controvertido afirmar la posibilidad de coautoría entre sujetos cuyos aportes no son, individualmente considerados, causales para la producción del resultado.

El grupo de casos que mayor controversia suscita a este respecto se corresponde estructuralmente con hipótesis de “coautoría aditiva”, es decir, comportamientos conjuntos caracterizados por que se desconoce concretamente cuál, de entre las diversas prestaciones individuales que los componen, causa un determinado resultado. Aplicados específicamente a un contexto de imprudencia, vienen en consideración supuestos ya paradigmáticos al interior de la discusión, presentados aquí con anterioridad, tales como el *Caso de las rocas rodantes*, el *Caso de las cerillas* y el *Caso de las velas*¹¹⁸². En lo que sigue, una breve exposición de los principales argumentos que podrían esgrimirse en favor y en contra de la solución de coautoría.

Si este problema fuese tematizado en términos causales y —como procede la doctrina dominante— conforme a una noción de causa como condición *necesaria*, entonces serían bastante limitadas las posibilidades de afirmar una coautoría entre varios sujetos respecto de quienes se sabe que no todos condicionaron individualmente la producción del resultado¹¹⁸³. El problema que enfrenta la fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* en estos casos es que los comportamientos en cuestión no pueden ser suprimidos cumulativamente —pues necesariamente desaparecería el resultado—, ni tampoco alternativamente, pues, aunque se sepa que bajo una de las alternativas de supresión de comportamientos el resultado desaparecería, no se sabría bajo cuál de ellas. Además, esta dificultad no podría corregirse acudiendo a la fórmula del resultado en su configuración concreta. Por ejemplo, si se sostuviera que en el *Caso de las rocas rodantes* cada comportamiento fue necesario para que la muerte del pescador tuviese lugar exactamente en la forma y momento en que sucedió —esto es, “producto del impacto de una de las dos rocas que han sido arrojadas, cada una, por dos sujetos distintos”—, ello significaría fijar arbitrariamente como objeto de la explicación causal una descripción semánticamente más densa de la que realmente interesa —a saber, la descripción típica—, al concederse relevancia causal a un comportamiento en razón de que satisface una propiedad no incluida en el tipo: la de que la muerte del pescador habría tenido lugar en un contexto en el que se han hecho rodar dos rocas. En breve: la clase de acción prohibida es “matar a otro”, y no, en cambio, “arrojar rocas que causen la muerte de otro”. Por otro lado, el

¹¹⁸² Para la formulación de sus respectivos supuestos de hecho, véase *supra* Cap. Sexto, apdo. I.

¹¹⁸³ En cambio, según GRECO, *GS-Hruschka*, p. 378, en principio, la doctrina dominante —en contraste con la tesis que en materia de causalidad el propio Greco patrocina— no tendría problemas para solucionar el *Caso de las rocas rodantes*, pues, independientemente de cuál de las rocas haya causado la muerte de la víctima, cada uno de los que ha realizado en su propia persona la acción contraria a deber ya habría puesto, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, una condición para el resultado.

recurso a la teoría de la “condición ajustada a las leyes de la naturaleza” tampoco permitiría solventar la dificultad implicada. Ciertamente, aunque en estos casos pudiera establecerse sin problemas que cada comportamiento, con arreglo a leyes empíricas, *podría* haberse exhibido como candidato para sustentar un argumento nomológico-deductivo del cual se siguiera su relevancia causal para el acaecimiento de *cierta clase* de evento —por ejemplo, que, en general, arrojar una roca pesada puede condicionar la muerte de una persona; que encender una cerilla o una vela puede condicionar la producción de un incendio, etc.—, la peculiaridad que presentan los supuestos de una potencial “coautoría aditiva” consiste en que esa relación de regularidad justamente no podría reclamar aplicación si se desconoce cuál de tales comportamientos, aisladamente considerados, debiese figurar como premisa menor en dicha explicación causal.

El diagnóstico anterior no cambia si, en contraposición con las anteriores, se recurriera a la fórmula de la condición mínima suficiente¹¹⁸⁴. Pues, a pesar de que ya no se requiera que cada comportamiento sea una condición necesaria para la producción del resultado, sino solo componente necesario de una condición mínima suficiente para que este tenga lugar, el problema seguiría situado en la incertidumbre respecto de qué comportamiento discreto, al interior de un conjunto de acciones, es el que se presenta como integrante de una condición mínima suficiente, toda vez que no se trata aquí de constelaciones de causalidad alternativa¹¹⁸⁵. En estos últimos, sí cabría invocar *más de una* condición mínima suficiente (de ahí la alternatividad que exhibiría la explicación causal relativa al acaecimiento de un determinado evento), mientras que en los de coautoría aditiva se trata de *una* condición compleja, de la que uno de sus componentes necesarios se obtiene a partir de la reunión del comportamiento de varios sujetos¹¹⁸⁶. Por su lado, a diferencia de un caso de causalidad cumulativa, en una posible instancia de coautoría aditiva el comportamiento aisladamente considerado de cada uno de los potenciales coautores, en abstracto, podría haber constituido, por sí mismo, parte necesaria de una condición mínima suficiente para la producción de esa clase de resultado¹¹⁸⁷, pero precisamente

¹¹⁸⁴ Fundamental al respecto, PUPPE, *Indret*, 4 (2008), pp. 13 y ss. Sobre la noción de “condición mínima suficiente”, bajo la llamada fórmula “INUS-condition” (*an insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*), MACKIE, *The Cement of the Universe*, 1980, p. 62.

¹¹⁸⁵ Un ejemplo de causalidad alternativa podría ser la siguiente variante del *Caso de las rocas rodantes*: desde la cima de un monte, *A* y *B* se divierten empujando pendiente abajo cada uno una roca. Para verificar que nadie resulte herido, antes de emprender la acción, *B* pregunta en voz alta si alguien se encuentra abajo. *C*, un pescador que no oye el grito de *B*, resulta mortalmente herido por ambas rocas. Los informes periciales acreditan que, de haber sido impactado por cualquiera de las rocas, la muerte de *C* se habría producido de la misma forma y en el mismo momento. Como se aprecia, en casos de causalidad alternativa existen explicaciones causales disyuntivas entre las cuales puede elegirse (todas las alternativas explican causalmente la producción del resultado), en cambio, en los de coautoría aditiva, no existe tal disyuntiva.

¹¹⁸⁶ Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 85 y s.

¹¹⁸⁷ De hecho, dado que la aplicación de la respectiva ley causal no dejaría de regir si no se reuniesen varios comportamientos de esa clase —*v.gr.*, para incendiar una casa basta con encender una vela, no varias—, los aportes no habrían de ser unificados, pues de lo contrario la condición en cuestión ya no se presentaría

debido a la falta de alternatividad recién mencionada, en el caso concreto, ese rasgo no se deja predicar individualmente de cada una de las prestaciones en cuestión.

Como se ha visto, dado que en este grupo de casos no es posible relacionar causalmente, de manera exclusiva e independiente, el comportamiento de cada uno de los intervinientes con el resultado producido, resulta totalmente comprensible que una primera vía de solución sea justamente la de negar una eventual responsabilidad a título de coautoría. La incertidumbre de ese nexo causal, que según algunos necesitaría siempre establecerse individualmente, conduciría forzosamente a la aplicación del principio *in dubio pro reo*¹¹⁸⁸.

Esta última solución daría por descontado que la única y exclusiva forma de vincular el acaecimiento de un evento con el comportamiento individual de un sujeto consiste en establecer una relación causal directa entre ambos. Con todo, precisamente la existencia de una categoría como la coautoría, fundada en una relación de agencia compartida, contradice dicha tesis. A este último respecto vienen en consideración las críticas susceptibles de dirigir contra las comprensiones reductivistas de la coautoría, aquellas que tienden a sintetizarla en nada más que una agregación de autorías directas (“imperfectas”), así como el carácter constitutivo que, en contrapartida, exhiben los presupuestos estructurales de la coautoría en tanto que criterio autónomo de imputación. Al respecto, puede aquí remitirse a consideraciones anteriores¹¹⁸⁹.

Por otro lado, sería poco congruente negar la coautoría aditiva tratándose de hechos imprudentes, y, en cambio, admitirla si se satisfacen las condiciones para hacer operativa una imputación a título de dolo¹¹⁹⁰. Imagínesse que los protagonistas del *Caso de las rocas rodantes* han advertido la presencia del pescador bajo la ladera y la posibilidad de

como mínimamente suficiente: su agregación sería superflua o redundante en términos de que la respectiva ley causal también se aplicaría si se considerase solo uno de tales comportamientos.

¹¹⁸⁸ Invocando dicha incertidumbre, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., pp. 533 y s., descartaba la coautoría en el caso de cinco jóvenes que, para asustar a los transeúntes, dejan cartuchos de petardos en la acera, ignorando que, al pisarlos, podría alguien resultar herido, lo que finalmente ocurre sin que se sepa cuál de los jóvenes dejó en el suelo el cartucho que provocó el accidente (cfr., sin embargo, ROXIN, *PG*, t. II, § 25/230, aceptando la coautoría aditiva en hechos imputables a dolo). También SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 231, rechaza la solución de coautoría en el *Caso de las rocas rodantes*, por desconocerse de cuál interviniente proviene el riesgo materializado en el resultado. Por su lado, refiriéndose al *Caso de las cerillas*, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 574 y s., señala que se trata de un auténtico supuesto de “pluriautoría”, pues la acción ejecutiva típica en el caso del incendio sería ya tirar la cerilla en un lugar en el que se puede declarar un incendio; ello excluiría la necesidad de acudir a la coautoría. Lo mismo expresa esta última autora con respecto al *Caso de las rocas rodantes*.

¹¹⁸⁹ Cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. III.1.

¹¹⁹⁰ Así, sin embargo, PUPPE, *GA* (2004), p. 131, quien sugiere que procede hacer una excepción a la exigencia de causalidad individual de los aportes de los coautores en casos en que estos se han coordinado para tales efectos. De otra opinión, BINDOKAT, *JZ* (1979), p. 436, quien advierte la inconsecuencia que supondría aceptarla para hechos dolosos, pero rechazarla para los imprudentes. Pues el acuerdo de voluntades también podría ser un problemático fundamento de responsabilidad en hechos dolosos.

condicionar su muerte en caso de ser impactado por una roca, pese a lo cual —o incluso justamente por eso—, cada uno de ellos hace rodar una pesada roca, causando la muerte del pescador, sin que logre acreditarse cuál de ambas lo impactó. La variante introducida y la (probablemente) menor controversia que suscitaría la afirmación de una imputación a título de coautoría permiten intuir que, tratándose del grupo de casos objeto de estudio, las suspicacias no descansarían tanto en los presupuestos mismos de la coautoría, sino en su aplicación a hechos imprudentes. De ser esto así, tendría que traerse a colación las disquisiciones generales sobre la necesidad de diferenciar el nexo intersubjetivo de los potenciales coautores con el criterio de imputación subjetiva eventualmente aplicable¹¹⁹¹.

Las ideas recién expresadas aconsejan calibrar las posibles soluciones en atención al carácter conjunto de la clase de acciones aquí problematizadas¹¹⁹². Pero antes de precisar las razones por las cuales aquí se considera factible una eventual coautoría, necesitan ser registradas cuando menos tres vías de argumentación que no se estiman viables para tales efectos. La primera consiste en considerar que la unificación del comportamiento discreto de los potenciales coautores —unificación que permitiría que en el respectivo contexto de explicación causal se coteje directamente la acción conjunta con el resultado producido— descansa exclusivamente en el nexo intersubjetivo entre tales sujetos, sea que este se presente bajo la forma de un acuerdo, una decisión conjunta, un plan común, o de alguna otra de las formulaciones ya examinadas en su oportunidad. Esta opción no parece plausible. Aunque el método composicional de una acción conjunta, en efecto, sea irreductiblemente intencional —en el específico sentido de que la atribución de compromisos cognitivos y prácticos convergentes entre dos o más coagentes es presupuesto necesario para que el comportamiento de estos sea susceptible de interpretar como “partes componentes de una acción conjunta”, y no como un set de acciones individuales independientes entre sí—, aquel nexo, como se señaló en su oportunidad, representa un mecanismo que permite reconocer (y eventualmente adscribir) la adopción de un patrón de agencia expresado externamente, y, por ende, objetivable a partir del comportamiento discreto de cada uno de los sujetos involucrados¹¹⁹³. De ahí que, formulado con las categorías utilizadas por la doctrina dominante, en estos casos no bastaría con afirmar que la imputación recíproca se fundamentaría exclusivamente en el acuerdo o decisión conjunta de los intervinientes¹¹⁹⁴. En seguida se volverá sobre este

¹¹⁹¹ Al respecto, en detalle, *supra* Cap. Sexto, apdo. II.4.

¹¹⁹² En esta dirección, aunque aplicando un aparato teórico distinto, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 305 y s.

¹¹⁹³ En contraste con lo que suele señalarse, el llamado “elemento subjetivo” de la coautoría, estrictamente, no es algo independiente de su presupuesto material, sino más bien una herramienta que permite reconocer cuándo el comportamiento individual de uno o más sujetos es susceptible de una lectura colectiva adicional.

¹¹⁹⁴ Por referencia al *Caso de las rocas rodantes*, HOYER, *FS-Puppe*, p. 526, fundamenta la coautoría de ambos sujetos en la promesa recíproca de ejecutar acciones riesgosas no permitidas, mediante la cual provocan o potencian, mutuamente, su propia disposición a ejecutar tales acciones.

aspecto. En segundo lugar, para la fundamentación de una imputación a título de coautoría en el grupo de casos estudiados, tampoco sería suficiente enarbolar el carácter constitutivo de su regulación legal, entre cuyos efectos se encontraría, según algunos, la posibilidad de “compensar déficits de causalidad” por medio de la aplicación del principio de imputación recíproca¹¹⁹⁵. Según se señaló en su oportunidad¹¹⁹⁶, del carácter y la (eventual) función constitutiva de punibilidad que desempeña la coautoría no se sigue que ella quede fundamentada, sin más, para casos en que la autoría directa no se encuentra disponible. Por otro lado, cuando se habla de un principio de imputación recíproca, la alusión no ha de entenderse hecha a una “consecuencia” de la afirmación de la condición de coautores de dos o más sujetos, sino más bien a un requisito para que el comportamiento discreto de estos pueda ser interpretado como una acción conjunta, que es finalmente el objeto sobre el cual recae esta estructura de imputación¹¹⁹⁷. En el *Caso de las rocas rodantes*, por ejemplo, no podría haberse imputado a cada uno de los sujetos la acción del otro como una consecuencia del hecho de ser coautores (y viceversa), pues dicha maniobra habría implicado dar por supuesto justamente aquello que debía fundamentarse. Una tercera opción podría consistir en sustentar una coautoría aditiva sobre la base de la creación conjunta de un riesgo concretado en el resultado. De nuevo, en el *Caso de las rocas rodantes* lo anterior podría formularse sosteniendo que, por la vía de hacer rodar dos rocas a la ladera, los sujetos habrían creado conjuntamente un riesgo que finalmente se concretó en la muerte de un pescador¹¹⁹⁸. Con todo, como se anticipó a nivel general¹¹⁹⁹, la aplicación de los criterios de imputación objetiva no podría resolver sin más el problema implicado de fondo, pues permanecería abierta la pregunta acerca de por qué el comportamiento individual de cada uno de los sujetos podría interpretarse unificadoramente como un solo riesgo, y no, en cambio, como una concurrencia de riesgos. Y aunque este interrogante fuese respondido en el sentido de un “co-dominio del riesgo”, cabría explicar por qué el hecho de que dos o más sujetos hayan co-dominado un riesgo jurídicamente desaprobado, desde ya, tendría que hablar en favor de imputar a todos el (único) resultado causado. A raíz de todo lo anterior, desde una perspectiva

¹¹⁹⁵ También utilizando como paradigma el *Caso de las rocas rodantes*, RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, pp. 428 y s., señala que una coautoría imprudente podría haberse fundamentado en el carácter constitutivo de la regulación legal de la coautoría que, a su vez, permitiría hacer operativa la imputación recíproca.

¹¹⁹⁶ Cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. III.1.

¹¹⁹⁷ Al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.4.1.

¹¹⁹⁸ SCHNEIDER, S., *Risikoherrschaft*, pp. 279 y ss., sostiene que en estos casos una responsabilidad a título de coautoría no contradice el *in dubio pro reo*, al descansar en la aplicación del principio de imputación recíproca. En el *Caso de las rocas rodantes*, precisa Schneider (*ibidem*, p. 280), la muerte del pescador representaría la realización del riesgo creado tanto por A como por B, mientras que, a propósito del *Caso de las cerillas* (*ibidem*, p. 288), señala que la iluminación de la fábrica con cerillas también puede considerarse como un proyecto (de acción) riesgoso no permitido emprendido por dos sujetos, que han acordado, al menos de manera concluyente, proceder de esa manera, siendo ese proyecto el que, en definitiva, posibilitaría que los aportes les sean recíprocamente imputados (a pesar de la falta de prueba de su causalidad individual) y que ambos carguen responsabilidad por las consecuencias (objetivamente previsibles) de ese comportamiento riesgoso no permitido.

¹¹⁹⁹ Véase *supra* Cap. Sexto, apdo. IV.2.3.

distinta, esta última pregunta intentará responderse en lo que sigue con arreglo a consideraciones de teoría de la acción.

Como se ha insistido en esta investigación, al interior de la coautoría, como en toda estructura de imputación, resulta crucial distinguir entre su objeto y base. El objeto de imputación está constituido por una acción conjunta, compuesta a partir de la reunión de aportes prestados por cada uno de los potenciales coautores, que separadamente constituyen, a su vez, la base individual para que a ellos se impute aquel objeto. Por las dificultades ya examinadas, en los casos de coautoría aditiva se acentúa la necesidad de precisar por qué el objeto de imputación podría caracterizarse como una acción conjunta, y, en este específico contexto, como una acción compuesta por acciones individuales que en su conjunto pueden conformar un componente necesario de una condición compleja mínima suficiente, que eventualmente permitiría explicar la producción de un resultado, como ocurre en casos de coautoría aditiva. Como se observa, la “pregunta agencial” adquiere así prioridad respecto de la “pregunta causal”, pues los términos bajo los cuales la segunda de ellas puede ser planteada —por referencia a acciones individuales, o bien, *además*, por referencia a una (sola) acción conjunta— presuponen respondida la primera cuestión. Al respecto, probablemente no existirían mayores resistencias de cara a la afirmación de que, por ejemplo, quienes (dolosa o imprudentemente) arrojan rocas desde la cima de un monte, o quienes (dolosa o imprudentemente) encienden velas o cerillas susceptibles de causar un incendio, efectivamente, están realizando acciones conjuntas. Incluso algún detractor de la factibilidad de la coautoría aditiva en este grupo de casos podría llegar a conceder que se verifica una tal acción conjunta, ya que la razón para negar la imputación no siempre descansa en la negación de una acción conjunta, sino en que no se cumpliría el requisito de la causalidad individual de los aportes. Pues bien, dicho esto, y dado que previamente ya se ha examinado el componente intencional que permitiría adscribir a varios sujetos la adopción de un patrón de agencia unitario¹²⁰⁰, puede fijarse ahora la atención en otro aspecto crucial: la relación causal predicable entre una acción (conjunta) y su “respectivo” resultado, como argumento de cuantificación de acciones¹²⁰¹. Y para esto último es capital partir de una premisa general, a saber: cuando hablamos de un resultado no nos estamos refiriendo a algo totalmente independiente de la acción que lo causa. Al respecto resulta ilustrativa la siguiente reflexión de Davidson:

¹²⁰⁰ Sobre la composición de acciones conjuntas en general, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. I.2.2., y, para su aplicación particular a la coautoría, Cap. Quinto, apdo. III.4.3.

¹²⁰¹ Sobre el argumento relativo a la individuación de acciones todavía habrá oportunidad de volver en este mismo capítulo (*infra* 3.2.), pero desde un punto de vista distinto, esto es, interrogando cuántas acciones (conjuntas) son realizadas por dos o más sujetos cuyo comportamiento es intencional bajo una o varias descripciones, pero no bajo otra (la descripción típica).

“Cuando inferimos que él detuvo su automóvil del hecho de que, al presionar un pedal, un hombre causó que su automóvil se detuviera, *no transferimos agencia* de un evento a otro, ni inferimos que el hombre fue agente no solo de una acción, sino de dos. Ciertamente, *podemos extender* la responsabilidad o imputabilidad por una acción a la responsabilidad o imputabilidad por sus consecuencias, pero esto no lo hacemos endosando al agente una nueva acción, sino señalando que su acción original tuvo esos resultados”¹²⁰².

Así presentada la clase de relación que se deja predicar entre una acción y uno de los eventualmente varios resultados susceptibles de derivar como consecuencia causal suya —una alternativa que, por cierto, es ontológicamente más ahorrativa¹²⁰³, pero coincidente a la vez con el principio jurídico-penal de responsabilidad por el hecho, y no por las meras consecuencias—, no debiese llamar sobremanera la atención que una acción conserve intacta sus propiedades al momento de producir cierto resultado, si desde su ejecución hasta entonces nada ha variado en ella¹²⁰⁴. Con lo anterior quiere decirse que si las acciones ejecutadas por dos o más sujetos en t_1 son susceptibles de interpretar como expresivas de un mismo patrón de agencia y, por ende, además de a una lectura atómica, quedan sometidas a una lectura unificadora, bajo la condición de “partes componentes de una acción conjunta”, el resultado producido en t_2 , como consecuencia de *esa misma* acción realizada en t_1 , que en nada ha cambiado, puede seguir predicándose como consecuencia causal derivada de una acción a cuya composición han contribuido varios sujetos.

En ese específico y restringido sentido, si los aportes de los potenciales coautores son considerados desde una lectura unificadora —que no desde una lectura atómica, como se ha señalado—, los casos de coautoría aditiva serían instancias de causalidad cumulativa, ya que de la conjunción de aportes se obtiene una condición mínima suficiente. Desde luego, si no es reconocible una acción conjunta entre tales sujetos, sus comportamientos solo quedarían sometidos a una lectura individualizadora, por lo que el único título de imputación eventualmente aplicable sería la autoría directa (bajo la forma de sendas “autorías paralelas”), cuya aplicación en este grupo de casos, donde tampoco cabe una tentativa por imprudencia, sí quedaría impedida en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Ciertos defensores del dominio funcional del hecho, en alguna de sus distintas variantes, consideran posible la coautoría aditiva, pues la esencialidad de los aportes debería calibrarse desde un punto de vista *ex ante*¹²⁰⁵. Y ciertamente, el argumento aquí

¹²⁰² DAVIDON, *Actions and Events*, p. 59. (Cursivas añadidas).

¹²⁰³ MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), p. 680.

¹²⁰⁴ Con esta última idea se reserva espacio a una eventual modificación en la relación agencial para el caso de que uno de los sujetos se exceda o se desista de la acción ejecutada inicialmente en conjunto.

¹²⁰⁵ Al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.2.2.3.

desplegado coincide en que la acción en cuestión ha de quedar caracterizada como conjunta al momento de ejecutarse, con independencia de la forma particular en que se configure el resultado. Las dificultades asociadas a la posibilidad de sustentar en estos casos un dominio funcional del hecho, amén de las predicables en general sobre esa forma de fundamentar la coautoría, residen en que la esencialidad *ex ante* suele estar referida al riesgo individualmente creado por los coautores (que a lo sumo podría presentarse como una base de imputación), mientras que aquí intenta fundamentarse la pertenencia de ese hecho también desde un punto de vista *ex post*, con arreglo a su vinculación con el propio objeto de imputación (esto es, la acción conjunta causante de ese resultado). Así, todo el punto del problema descansa en que —como previene Jakobs, aunque en un contexto distinto— “no se trata de la *comprobación* de la realización de un riesgo, sino de la *designación* de un efecto ya comprobado”¹²⁰⁶.

A lo señalado no afecta la *contingencia* de que, en ciertos casos, podría desconocerse cuál de las partes componentes, en tanto que acción aisladamente considerada, podría soportar la lectura de ser individualmente causante de ese resultado. Puesto que se trata siempre de una sola acción, la ejecutada en t_1 habría sido igualmente conjunta en caso de que, por ejemplo, en t_2 todos los aportes resultasen individualmente causales (cumulativa o alternativamente) para la producción del resultado, o bien, que este no tenga lugar, en cuyo caso, de satisfacerse las condiciones para una imputación a dolo, configurarían una tentativa de delito en coautoría. Las propiedades de una acción pueden ser identificadas al momento de su ejecución; la clase y cantidad de resultados que se deriven como consecuencia causal de esa acción inciden en las diversas descripciones bajo las cuales ella puede ser especificada, mas no conducen a una multiplicación de la acción en liza, ni —como interesa en este grupo de casos— a una reducción de sus cualidades iniciales.

En consecuencia, la razón por la cual en los casos de coautoría aditiva parecería forzoso aplicar el principio *in dubio pro reo* descansa en que, al centrarse la atención solo en t_2 , se asume, sin más, que dicho resultado se asociaría exclusivamente a una acción individual, respecto de cuya vinculación causal con el resultado existe incertidumbre, perdiéndose de vista con ello que semejante acción forma parte de una acción compleja, respecto de cuya vinculación causal con el resultado existe certidumbre. Nótese, por lo demás, que la aplicación indiscriminada de esta garantía procesal —sin averiguar previamente si acaso existe otra clase de relación agencial bajo la cual los sujetos involucrados podrían quedar vinculados con el suceso en cuestión— fácilmente podría conducir a un “fraude de ley”, en el sentido de que bastaría con que dos o más sujetos, de

¹²⁰⁶ JAKOBS, «Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal» (trad. Suárez González, Cancio Meliá), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 277, a propósito del problema que suscita la llamada concurrencia de riesgos. (Cursivas del original).

manera coordinada, oscurecieran su vinculación causal individual con un suceso, para pretender inmunizarse por sus consecuencias ulteriores.

Así las cosas, a partir de la conjunción del comportamiento discreto de varios sujetos, bajo las condiciones recién descritas, en el grupo de casos analizados se torna factible reconocer una instancia de unidad típica de acción, que justifica la imputación del mismo hecho, a título propio, a todos los intervinientes *qua* coautores¹²⁰⁷.

Por último, regístrense al menos dos restricciones de orden general al hilo de supuestos de acción conjunta en los que ya no cabría reconocer una coautoría aditiva¹²⁰⁸. Como primer aspecto, es necesario que las acciones individuales componentes de una acción conjunta (fundante de coautoría), bajo esta última condición, adquieran un sentido adicional del que ya exhiben como comportamientos discretos. Para ilustrar este punto, considérese el siguiente ejemplo:

Los trabajadores *A*, *B*, *C* y *D* están a cargo de la reparación del techo de una vieja construcción de madera. Durante el descanso, en un día inusualmente caluroso y ventoso, los cuatro trabajadores fuman sin prever que las cenizas de sus cigarrillos podrían causar un incendio. La edificación se incendia a causa de un cigarrillo mal apagado, sin que pueda acreditarse quién de ellos lo arrojó¹²⁰⁹.

En el supuesto de hecho recién presentado es evidente que el comportamiento de cada uno de los cuatro trabajadores, de manera contraria a cuidado, genera el riesgo de que se produzca un incendio. Que ese riesgo sea conjunto, en cambio, ya no es tan obvio, pues ello depende de que sus comportamientos, efectivamente, compongan una acción conjunta. Y para esto último se torna indispensable notar que, independientemente de que los sujetos persigan o no un objetivo común —rasgo que es contingente tratándose de

¹²⁰⁷ Al respecto, véase ya HANRATH, *Mittäterschaft und Teilnahme*, pp. 21 y s., quien, por referencia al mismo caso de los petardos que luego trabajaría Roxin, defendiera la posibilidad de una coautoría en razón de la unidad interna y externa de las acciones, que permitiría imputar a cada uno la acción del compañero y, con ello, el petardo que provocó la muerte del transeúnte. Así también BLOY, *Beteiligungsform*, p. 374, nota 358, patrocinando explícitamente la solución de la unidad de acción, y agregando: “(...) si uno habla aquí de unidad natural de acción, o bien de una unidad típica de acción en sentido amplio, en cambio, parece algo secundario”. Recientemente, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 513 y s., puntualiza que el reconocimiento de una unidad típica de acción en estas constelaciones de coautoría no implica ninguna infracción de la prohibición de analogía, pues dicho criterio (el de la unificación de acciones) se encontraría en el mismo tipo. Ahora bien, nótese que, a pesar de que la identificación de una instancia de *unidad de realización típica*, en efecto, es intratípica, ello nada dice aún acerca de la posibilidad de una coautoría, que requiere de la identificación de un mismo patrón de agencia y es este, a su vez, el que permite hablar de una *unidad típica de acción*. También cabe registrar que Kreuzberg se está refiriendo a supuestos de coautoría aditiva dolosa, pues rechaza la posibilidad de una coautoría imprudente.

¹²⁰⁸ Por supuesto, quedan excluidos también los casos en los que ni siquiera existe una acción conjunta, y que estructuralmente darían lugar a lo sumo a sendas “autorías paralelas”.

¹²⁰⁹ Este supuesto de hecho, levemente modificado, ha sido tomado de un caso de la jurisprudencia japonesa, analizado por UTSUMI, *ZStW*, 119 (2007), p. 781.

acciones conjuntas—, resulta enteramente inverosímil suponer que, en un caso como el descrito, cada trabajador vería en el comportamiento del otro una razón para su propia acción, en términos tales de que se configure una mínima interdependencia que los haga interpretables como “partes de una acción conjunta”. Al contrario, resulta agencialmente indiferente constatar que hay dos, tres o cuatro personas fumando; dicha descripción solo designa una mera agregación de acciones, pero no expresa, sin embargo, una operación de unificación de la que pudiera emerger una acción distinta que amplifique el contenido de las primeras¹²¹⁰. Algo ligera, pero decisivamente diverso puede apreciarse en el *Caso de las cerillas*, pues en este el comportamiento homogéneo de dos sujetos —encender cerillas para iluminar la fábrica en donde se disponen a perpetrar un robo conjunto— sí podía interpretarse, cuando menos, como una razón recíprocamente justificativa, en términos tales de que era factible sostener que cada uno realizó esa acción *porque* la del otro no bastaba, o *porque* el conjunto de acciones optimizaba la modificación del estado de cosas perseguido¹²¹¹. Lo mismo podría haberse afirmado en el *Caso de las velas*, si hubiese podido acreditarse que, en efecto, cada uno de los jóvenes encendió una vela, y que, por ende, se trataba de un comportamiento conjuntamente contrario a cuidado¹²¹².

El segundo matiz consiste en que los comportamientos susceptibles de considerar como “partes de una acción conjunta”, precisamente, han de ser “partes apropiadas” para ella. Como fuese ya señalado a nivel general, lo anterior puede calibrarse con arreglo a la equivalencia funcional que habrían de exhibir entre sí los comportamientos de los potenciales coautores¹²¹³. Por ejemplo, en el *Caso de las rocas rodantes*, cada una de las rocas que los dos sujetos hacen rodar necesitan mostrar una eficacia mortal similar (de acuerdo con su volumen o peso, por ejemplo); o en el *Caso de los petardos*, de todos los explosivos debiese poder predicarse una potencialidad lesiva análoga. La introducción de tal restricción tiene la utilidad de evitar que, con motivo del reconocimiento de una

¹²¹⁰ Se trata, por ende, de un problema atingente al “método composicional” de las acciones conjuntas. Cfr. CHANT, *Pacific Philosophical Quarterly*, 87 (2006), p. 431.

¹²¹¹ En tal supuesto, resultaba indiciario el hecho de que la acción de iluminar una fábrica era auxiliar de cara a otra acción principal, que se ejecutaría también en forma conjunta. Si uno de tales sujetos hubiese conseguido iluminar la fábrica, habría perdido sentido que el otro emprendiese la misma tarea. Nada de esto sucede tratándose de una acción que solo puede ejecutarse de propia mano, como es la de fumar.

¹²¹² Sin embargo, en el *Caso de las velas* no pudo acreditarse si acaso se encendieron una o varias velas, ni tampoco cuál de los sujetos lo hizo. Por ende, dado que existía la posibilidad de que la acción contraria a cuidado hubiese sido ejecutada solamente por uno de los sujetos, la afirmación de una coautoría no podría haberse fundamentado simplemente en el hecho de que la iluminación de la casa beneficiaba a ambos.

¹²¹³ Fundamental para esto HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 234 y s., p. 372, quien presenta esta exigencia bajo la forma de una “intercambiabilidad aleatoria” de los aportes individuales, y que, de satisfacerse, tornaría irrelevante la determinación de cuál de los aportes concretamente habría causado el resultado, ya que podría haberlo hecho cualquiera. Nótese, sin embargo, que este elemento no puede operar de manera independiente y autosuficiente, pues el carácter intercambiable de los comportamientos discretos desplegados por dos o más sujetos no determina, por sí solo, que estos devengan en “partes de una acción conjunta”, sino que, más bien, opera como un indicio de que, efectivamente, el comportamiento de dos o más sujetos es expresivo de la adopción de un mismo patrón agencial.

instancia de coautoría aditiva, se incurra en la llamada falacia de la composición, esto es, inferir que, solo por el hecho de que una parte exhibe cierta propiedad, esta acabaría haciéndose extensible a las demás partes o al todo en su conjunto. De ahí que, en definitiva, relacionar causalmente el resultado con la acción conjunta no autorice a relacionarlo con cada una de sus partes componentes, y de ahí también que, según la tesis recién defendida, sea indispensable que el carácter conjunto de la acción causante del resultado, con apoyo en la interdependencia funcional de los aportes, sea identificado antes de que dicho resultado tenga lugar.

1.3. Casos en que falta una realización conjunta del hecho

Ahora bien, la exigencia consistente en realizar conjuntamente el hecho conduce a excluir, desde ya, cierto grupo de casos en los que no se configura entre los sujetos involucrados una instancia de acción conjunta (por ende, no habrá *coautoría*), así como también a excluir otros en los que, configurándose una acción conjunta, esta no satisface las condiciones necesarias para contar como realización conjunta del hecho típico (por ende, no habrá *coautoría*). Para mayor claridad en la exposición, se procederá de conformidad con un análisis diferenciado.

1.3.1. Ausencia de una acción conjunta (como unidad típica de acción). A su vez, delimitación con potenciales hipótesis de autoría mediata y de participación

Ante todo, falta una realización conjunta del hecho si, en lugar de constituir partes componentes de una (sola) acción conjunta, los comportamientos ejecutados por los distintos agentes involucrados en el hecho —y no todos ellos necesariamente como intervinientes en el *mismo* hecho— representan solamente una pluralidad de acciones individuales convergentes, o bien, si algunos de tales comportamientos solo exhiben la condición de acciones auxiliares de cara a otra acción principal, que es la que satisface la descripción típica.

El primero de tales escenarios conduce a lo que suele denominarse “autoría paralela” o “autoría accesoria”. Estas constelaciones se distinguen de la coautoría fundamentalmente por el hecho de que el esquema agencial que sirve de base para la imputación de autoría en cada uno de los autores paralelos es el de una acción individual, y no el de una acción conjunta, como en la coautoría. Por esto, y porque, como consecuencia de lo anterior, en este grupo de constelaciones no se reconoce una infracción conjunta de la correspondiente norma de comportamiento —configurándose así una pluralidad de hechos delictivos—, para ellos no resulta aplicable la cláusula “realización conjunta”, prevista en el artículo 28 CPE. Sobre la “autoría paralela” se volverá con más detalle en el siguiente capítulo.

Lo anterior permite que ahora pueda cifrarse la atención en el segundo grupo de supuestos en que no puede haber lugar a coautoría por faltar una acción conjunta entre los distintos agentes, a saber: cuando alguno o algunos de ellos realizan acciones auxiliares de cara a la realización del tipo. A su vez, tales acciones solo podrán servir de base para una eventual imputación a título de autoría mediata, si es que revisten la propiedad de fundamentar un déficit de competencia en otro u otros sujetos que realizan el tipo bajo la condición de instrumentos suyos, o bien, podrán servir de base para una eventual imputación a título de participación, si es que tales acciones han favorecido que otro u otros, bajo la condición de autores, realicen el tipo en cuestión.

Uno de los supuestos paradigmáticos en los que podría ser conflictiva la decisión acerca de la aplicación de la autoría mediata o bien de la coautoría lo suministran los hechos delictivos perpetrados en el contexto de ámbitos estructuralmente complejos, como lo es el empresarial. Según se indicó antes, la factibilidad de una coautoría vertical abre la posibilidad de una responsabilidad conjunta de los superiores y los subordinados, lo que, por supuesto, presupone que respecto de estos últimos no se haya configurado algún déficit de imputación que los torne en instrumentos de los primeros. Utilizando el ejemplo paradigmático de la “responsabilidad penal por productos defectuosos”, es perfectamente factible que, en virtud de la división del trabajo y del principio de jerarquía, los subordinados (o aun algunos mandos intermedios) carezcan de la información necesaria para controlar la calidad del producto, en cuyo caso podría venir en consideración una autoría mediata (o una eventual *co-autoría mediata*) de parte de el o los directores que hubiesen programado o configurado el sistema productivo¹²¹⁴. Sobre estos supuestos y las posibles modalidades de intervención delictiva aplicables habrá ocasión de volver¹²¹⁵.

En cambio, para efectos de comparar la *estructura* de una autoría mediata *versus* una coautoría en un injusto imprudente vienen ahora en consideración constelaciones en las que, por involucrar la intervención de varios sujetos, en donde uno o más crean un déficit de competencia en otro u otros, podrían *prima facie* solaparse ambas formas de autoría¹²¹⁶. La primera posibilidad de combinación que puede generarse al respecto es que un sujeto provoque un déficit de competencia en dos o más sujetos que conjuntamente realizan la acción principal que satisface la descripción típica. Imagínese el siguiente ejemplo:

¹²¹⁴ Así PAREDES CASTAÑÓN, en EL MISMO/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, 1995, p. 184.

¹²¹⁵ Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. II.

¹²¹⁶ Uno de los ejemplos más ilustrativos de la estructura de la autoría mediata en un injusto imprudente es el de quien indica erróneamente al conductor de un automóvil en qué dirección moverse, sin percatarse de la presencia de un transeúnte, a quien el conductor, ignorándolo, lo atropella.

El instrumentista distraído. El instrumentista *A* está a cargo de la limpieza del instrumental quirúrgico con el que las cirujanas *B* y *C* habrán de realizar una cirugía ortopédica en el paciente *D*. Creyendo erróneamente que el material quirúrgico había sido ya esterilizado por otro compañero, *A* no lo enjuaga con agua destilada. A causa de una infección contraída durante la operación, *D* padece lesiones graves.

En este supuesto, *B* y *C* realizan directamente el tipo de lesiones, que, sin embargo, no les resulta imputable, dado que el déficit de responsabilidad que padecen (un error de tipo invencible) ha sido condicionado por *A*. Esta última circunstancia permite redesccribir el suceso como la realización del tipo por parte de *A*, mediada por el comportamiento conjunto de *B* y *C* en su condición de “co-instrumentos”¹²¹⁷.

Una segunda alternativa es que dos o más sujetos conjuntamente provoquen un déficit de competencia en uno o más sujetos cuyo comportamiento satisface la descripción de un tipo delictivo. Para ilustrar esto último, basta con modificar el ejemplo anterior:

Los instrumentistas distraídos. Los instrumentistas *A* y *B* están conjuntamente a cargo de la limpieza del instrumental quirúrgico con el que la cirujana *C* realizará una intervención maxilofacial en el paciente *D*. Creyendo erróneamente que el material quirúrgico había sido ya esterilizado por otro compañero, *A* y *B* no los enjuagan con agua destilada. A causa de una infección contraída durante la operación, *D* padece lesiones graves.

En esta variante, la cirujana *C*, quien realiza de propia mano el comportamiento típico, por padecer un déficit de responsabilidad (un error de tipo invencible) únicamente puede venir en consideración como instrumento, en este caso, de los instrumentistas *A* y *B*. La condición de autores mediatos de estos últimos se sustenta en una acción auxiliar, a saber, provocar una falsa representación en *C*, que le ha impedido advertir la necesidad de abstenerse de realizar una acción que, bajo tales circunstancias, podría causar lesiones graves en *D*, como ha sido el caso. De cara a la realización del tipo, el comportamiento conjunto de *A* y *B* exhibe el estatus de acción auxiliar, independientemente del criterio de imputación subjetiva aplicable. En el ejemplo, dicha acción auxiliar —y, con ella, la base para una potencial imputación a título de autoría mediata— ha sido conjuntamente ejecutada por *A* y *B*, ignorando ambos el efecto instrumentalizador que podría surtir en *C*; no obstante lo anterior, de haber aplicado la medida de cuidado que les era posible y exigible adoptar —en este ejemplo, cerciorarse que el material quirúrgico efectivamente estuviese esterilizado, o, ante la duda, hacerlo ellos mismos—, *A* y *B* habrían estado en condiciones de evitar provocar dicho déficit de competencia en *C*. Como se aprecia, lo

¹²¹⁷ Sobre la estructura de la autoría mediata como mecanismo de “transferencia” de una relación agencial, con más detalle, *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3.3.

único singular a este respecto es que, dado que son dos los autores mediatos, cabe hablar aquí de una instancia de “co-autoría mediata”¹²¹⁸. Cabe reparar en que la acción conjunta no descansa en el comportamiento antinormativo (a cargo de un solo agente: *C*) —y por eso no se trata de un caso de coautoría—, sino en la acción auxiliar de instrumentalización que sirve de base para que a *A* y a *B*, vía autoría mediata, resulte imputable a título propio la respectiva acción principal. Así, con cargo a dicha acción auxiliar conjunta, *A* y *B* serían autores mediatos (en conjunto), porque realizan el hecho a través de otro, conjuntamente.

Ciertamente más difícil de configurar que las anteriores, puede imaginarse también una tercera alternativa, que cabría llamar de “coautoría mediada”. Su posibilidad radica en que dos o más sujetos realicen conjuntamente un tipo delictivo, para lo cual, cada coautor, actúa a través de otro u otros sujetos, como instrumentos. Para facilitar el examen, considérese nuevamente la siguiente variante.

Los instrumentistas distraídos (variante). Los instrumentistas *A* y *B* están a cargo conjuntamente de la limpieza del instrumental quirúrgico con el que las cirujanas *C* y *D* realizarán una cirugía ortopédica en el paciente *E*. Para distribuirse el trabajo, *A* y *B* acuerdan que el primero desinfectaría el instrumental de diéresis (utilizado luego por *C*), mientras el instrumentista *B* haría lo propio con el instrumental de aprehensión (utilizado luego por *D*). A causa de una infección contraída durante la operación, por una asepsia deficitaria en el instrumental utilizado por ambos cirujanos, *E* padece lesiones graves.

Como se aprecia, en la última variante no es el acto de instrumentalización el que se realiza conjuntamente —cada instrumentista crea, de manera individual, un déficit de responsabilidad en una de las cirujanas—, sino el comportamiento típico, para cuya configuración es necesario reunir los aportes que cada coautor ha prestado al hecho global a través de otra persona como su “respectivo” instrumento. En ese sentido, *A* y *B* gozan de una relación de agencia mediada con respecto a las acciones realizadas por *C* y *D*, respectivamente, pero en lo que hace a la realización del tipo de lesiones, no son autores

¹²¹⁸ Nótese que no se trata de una “autoría mediata en coautoría”. Tanto la autoría mediata como la coautoría constituyen criterios que permiten imputar autoría, por lo que están referidas a un objeto de imputación, y no, en cambio, a la forma de articular otro criterio de autoría. Por tal razón, como se ha señalado antes (cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. III.4.4.), tampoco es técnicamente apropiado hablar de una “participación en coautoría”. Para el ejemplo ilustrado, la designación más apropiada quizá sea la de una “autoría mediata compartida”, pero por razones de economía gramatical y en pos de explicitar la combinación de dos clases de relaciones agenciales —una agencia compartida referida a la acción auxiliar de instrumentalización, y una agencia mediada por referencia a la realización del tipo—, se opta por utilizar la fórmula empleada en el texto. Sobre la factibilidad de esta estructura de autoría mediata, aunque utilizando la expresión “coautoría mediata”, por ser dos o más los sujetos que instrumentalizan a otro u otros, véase, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), p. 33; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., p. 376; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, p. 356; HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/1; OLMEDO CARDENETE, «Artículos 27, 28 y 29», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, pp. 232 y s.; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/248.

mediatos, porque lo que realizan a través de otro no es el tipo —esto significa: tampoco una realización “parcial” del tipo—, sino una parte componente de la acción compleja —la de *C* y *D*— que satisface la descripción típica. Así, *A* y *B* son coautores (mediatos), porque realizan el hecho conjuntamente, a través de otro(s)¹²¹⁹.

Las alternativas anteriormente enunciadas no tienen por qué excluir la posibilidad de aplicar ambas estructuras de imputación —la coautoría y la autoría mediata—, aunque, desde luego, no respecto de un mismo sujeto, y, además, por referencia a distintas redescripciones del sustrato fáctico en cuestión, es decir, de distintos hechos delictivos. Considérese el siguiente supuesto ficticio:

La doble prevaricación judicial. De la sala penal integrada por los jueces *A*, *B* y *C* emana una resolución ostensiblemente contraria a Derecho. En la redacción del fallo, no obstante, únicamente ha participado el juez *A*, en cuya persona los otros dos funcionarios, por comodidad, han acordado delegar dicha labor. Luego de redactar la sentencia, el juez *A*, quien previamente había recibido una cuantiosa dádiva de parte de uno de los abogados litigantes, a sabiendas de su contenido manifiestamente contrario a Derecho, ofrece a los jueces *B* y *C* un copioso borrador de fallo. Para facilitar aun más el trabajo de estos últimos, *A* les ofrece resumir verbalmente su contenido, a fin de evitarles la larga lectura, confiando en que los otros dos jueces —en parte, por desidia; en otra parte, por confiar en él— no contrastarían siquiera la parte resolutive de la sentencia. Finalmente, *B* y *C* firman el documento original de sentencia, sin percatarse que lo informado por *A* no se corresponde con lo definitivamente resuelto.

En este caso, puesto que *B* y *C* desconocen que están dictando una sentencia *contra legem*, en su condición de co-instrumentos de *A*, no puede imputarse a los tres un quebrantamiento conjunto de la norma en cuestión (artículo 446 del CPE). Puesto que el error excluye la posibilidad de una acción conjunta entre *A*, *B* y *C*, frente a una aparente realización conjunta del hecho —que solamente se aprecia desde un nivel fáctico de referencia: la sentencia ha sido firmada por los tres—, prevalece aquí la descripción de este como una instancia de realización a cargo de *A*, quien actúa, en parte de propia mano, y, en otra parte, a través de *B* y *C*. Ahora bien, la condición de estos últimos en tanto que co-instrumentos irresponsables *en el hecho imputable a A* a título doloso, empero, no excluye una imputación extraordinaria respecto del hecho que ellos realizan bajo una

¹²¹⁹ Para apreciar mejor la diferencia estructural entre los dos últimos supuestos cabría notar que en el ejemplo *Los instrumentistas distraídos* primero se da una agencia compartida en el acto de instrumentalización, y luego una agencia mediada, con respecto al comportamiento típico; en la variante de ese ejemplo, en cambio, primero existe una agencia mediada de cada uno de los instrumentistas con relación a lo realizado por cada cirujana, y luego una agencia compartida con respecto al comportamiento típico (ejecutado conjuntamente por quienes exhiben la condición de instrumentos suyos), a causa de haber actuado así en división del trabajo.

descripción distinta del suceso. El fundamento de dicha imputación descansa en que, de haber aplicado la medida de cuidado cuya adopción resultaba exigible en su posición — esto es, cuando menos controlar que el contenido de la sentencia se ajustase a Derecho—, habrían estado en condiciones de oponerse a que *A* realizase una parte del hecho a través suyo. Con otras palabras, *B* y *C* podrían haber superado el déficit de competencia padecido —en este caso, un error en cuanto al carácter contrario a Derecho de la sentencia que dictan— si hubiesen obrado conforme a cuidado. De este modo, al tratarse de hechos distintos, la actuación antijurídica de otro no podría servir de clausura, al estilo de una “prohibición de regreso”, pues lo realizado por *A* no descarga a *B* y a *C* del cumplimiento de sus propias obligaciones¹²²⁰. Por esto, *B* y *C* también podrían ser responsabilizados de una prevaricación imprudente (artículo 447 CPE), a título de coautores. En consecuencia, a pesar de que existe una sola resolución judicial contraria a Derecho, se trata aquí de dos hechos delictivos distintos —de ahí el título del ejemplo—, posibilidad sobre la cual habrá oportunidad de volver más adelante, a propósito de la llamada “coautoría mixta”.

Por otro lado, también cabe tener presente que, aunque un resultado sea imputable a dos o más sujetos a título propio, si la acción productiva del mismo no es directamente realizada por ninguno de tales sujetos, sino más bien por la propia víctima, entonces también resulta más apropiada la estructura de la autoría mediata, en lugar de la coautoría. Pues una autoría mediata por imprudencia también puede basarse en que dos o más sujetos, de manera contraria a cuidado, sitúen a la víctima en la necesidad de realizar una acción peligrosa para sí misma¹²²¹. De este modo, si la muerte de la víctima, por ejemplo, se produce a partir de una acción ejecutada directamente por ella, aunque sea en el contexto de una situación de peligro en la que otros sujetos la han puesto, para que a estos se impute un homicidio resulta indispensable, primero, atribuirles el propio comportamiento de la víctima, dado que su acción conjunta, por sí misma, no explicaría el resultado¹²²².

¹²²⁰ Ciertamente, desde el prisma del principio de confianza, la solución de un supuesto como el ejemplificado no es precisamente diáfana. Sin embargo, a este respecto también podría aplicar lo sugerido en el texto: un sujeto no puede pretender inmunizarse de responsabilidad por su comportamiento contrario a cuidado, invocando el comportamiento antinormativo (aunque sea doloso) de un tercero, si la actuación de este último no convierte a su propio error en uno excusable o invencible.

¹²²¹ LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., p. 99: puede haber autoría mediata imprudente si “la acción descuidada del primer sujeto provoca que otro se vea obligado o forzado a realizar una acción peligrosa para sí mismo o para terceros”. Así también HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 334 y s. Nótese, entonces, que el hecho de que sean dos (o más) los potenciales autores mediatos no convierte la estructura de imputación en una coautoría.

¹²²² La STS de 6 de noviembre de 2019 ofrece un supuesto de estas características, que puede resumirse como sigue. En ejecución de un plan previo, dos sujetos —aquí, *A* y *B*—, ingresan al domicilio de una anciana —aquí, *C*— con el propósito de efectuar un robo. Días antes, *D* había realizado labores de vigilancia del domicilio de *C*, recabando la información necesaria sobre horarios y rutina de *C*, los cuales facilitó a *A* y a *B*. El día del hecho, una vez en el interior del inmueble, *A* y *B* atan con una cinta de embalar los pies de *C*, y la sientan en una silla. A continuación, *A* y *B* se apoderan de dinero y joyas, y antes de abandonar el sitio, propinan golpes en la cabeza a *C*. Instantes después, a causa de un intento por levantarse

Pero las acciones auxiliares por excelencia son las constitutivas de eventuales instancias de participación. Así, por un lado, la imputación de un hecho imprudente a título de inducción (inducción por imprudencia) puede tener lugar cuando, de manera a contraria a cuidado, un sujeto ofrece a otro una razón que determina a este último a realizar un comportamiento que, bajo alguna de sus posibles descripciones, ejemplifica la clase de acción especificada en algún tipo delictivo, en circunstancias de que, de haber observado el cuidado exigido, el primer sujeto habría estado en condiciones de evitar determinar a otro a realizar dicho comportamiento. El caso prototípico de inducción es el consejo, mientras que su paradigma en hechos imprudentes está constituido por la incitación a realizar actividades peligrosas —por ejemplo, a conducir a exceso de velocidad; a utilizar materiales inflamables, etc.— que finalmente redundan en la comisión de un hecho delictivo¹²²³. Por la evidente falta de realización conjunta del hecho, estas constelaciones no suelen ser problemáticas de cara a su delimitación con la coautoría. En cambio, sí podrían serlo aquellas en que la determinación tiene lugar a través de una orden, cuya fuerza ilocucionaria podría llevar a contemplar la opción de que entre dicha instrucción y

para pedir auxilio, *C* cae al suelo y sufre un traumatismo craneo encefálico, debido a lo cual fallece días más tarde. A raíz de este hecho, el Tribunal de instancia condenó a *A*, *B* y *D* como autores de un delito de robo con violencia en casa habitada, e igualmente como autores de un delito de homicidio imprudente en concurso ideal con un delito leve de lesiones. Respecto de *D*, el TS finalmente excluyó la condena por homicidio imprudente, ya que, aunque consideró que respecto suyo también podía afirmarse un dominio del hecho en el robo, habría una ruptura de este dominio con respecto a la conducta imprudente de *A* y *B*, lo que ya no haría aplicable el principio de imputación recíproca. Más allá de que la calificación de *D* como (co)autor del delito de robo resulte altamente cuestionable, lo que interesa aquí notar es la estructura de autoría que habría permitido imputar a *A* y a *B* la muerte de *C*. Partiendo de la base de que para *A* y *B* tendría que haber resultado previsible que *C* pediría auxilio, y que, al intentar hacerlo, podría caer y golpear su cabeza contra el suelo, no es en absoluto evidente que la acción *productiva* de la muerte de *C* se corresponda con la acción conjunta ejecutada por *A* y *B* consistente en atarla a la silla. Más bien, ha sido el propio comportamiento de *C* el que ha explicado directamente ese resultado, solo que ella tuvo que emprender esa acción riesgosa para sí misma (e ignorando que sería letal) precisamente a raíz del comportamiento previo de *A* y *B*, a quienes por esta razón cabía redirigir la falta de competencia de *C* por la causación de su propia muerte. Distinto habría sido si, *v. gr.*, *C* hubiese fallecido por inanición, pues entonces el comportamiento conjunto —y bajo esta descripción, contrario a cuidado— de *A* y *B*, además, habría configurado *por sí mismo* el respectivo objeto de imputación.

¹²²³ Un supuesto de inducción por imprudencia a un delito imprudente puede apreciarse en la STS de 25 de junio de 2020. Su supuesto de hecho puede resumirse como sigue. *A* y *B* ingresan a un supermercado; el primero toma una botella de ron y el segundo una bolsa de patatas fritas, para luego abandonar el comercio sin pagar. Ambos se suben al vehículo conducido por *C*, mientras *D*, el dueño del local, corre tras ellos. Para evitar que huyan, *D* se agarra al vehículo, introduciendo su brazo por la ventanilla delantera. Al percatarse de ello, *A* y *B* golpean reiteradamente a *D*, con el fin de que se suelte. Ante los gritos de *A*: “arranca, arranca”, *C* acelera e inicia la marcha, a pesar de que *D* se encontraba enganchado al vehículo, siendo arrastrado aproximadamente unos cuarenta metros. Ante la presencia de transeúntes en un paso de cebra, *C* reduce la marcha, lo cual provoca que *D* caiga violentamente al suelo. Al no detener totalmente su marcha, la rueda trasera del vehículo pasa por encima de *D*, provocándole una serie de heridas a raíz de las cuales finalmente fallece. El tribunal de instancia condenó a *A* y a *B* por un delito de robo, y a ambos, además, como autores de delito de homicidio imprudente, lo mismo que a *C*. Al pronunciarse sobre el recurso de casación, el TS revoca la condena de *B* por el homicidio imprudente, pero mantiene la de *A*, fundamentándola “en su inducción a otra persona para activar una conducta imprudente de alto riesgo, lo que lo convierte en coautor (inductor) del delito culposo” (fundamento jurídico primero).

el acto que la cumple exista una posible unidad de acción. Considérese el siguiente ejemplo:

H, gerente de un hotel, ordena a dos trabajadores inexpertos, *A* y *B*, que despejen de la terraza del establecimiento la nieve y el hielo allí acumulados. El gerente no adopta ni ordena la aplicación de ninguna medida de seguridad para tales efectos. Con sus respectivas palas, *A* y *B* cumplen con lo ordenado, mas sin advertir la presencia de un huésped en el vestíbulo, quien resulta herido a causa de la descarga¹²²⁴.

Como fuese indicado anteriormente, el reconocimiento excepcional de una “coautoría vertical” está supeditado a la necesidad de que la directiva emanada del potencial coautor no ejecutor se entienda como un “complemento indispensable” de las contribuciones ejecutivas —de modo que el primero, por así decirlo, configure el patrón de agencia aplicado por el segundo—, y, viceversa, que las contribuciones ejecutivas se dejen reconocer como una continuación del aporte no ejecutivo, de tal manera que el vínculo entre todas sea interpretable como una unidad de acción. Esto no sucede, sin embargo, cuando la orden constituye un acto de habla directivo cuyo efecto se agota en suministrar a otro u otros una razón para la acción, sin que tenga poder de configuración alguno en la acción por medio de la cual tal o tales sujetos le dan cumplimiento. Precisamente esto último ocurre en el ejemplo del hotel, pues la instrucción emanada de *H* únicamente cuenta como una razón para que *A* y *B* realicen una acción conjunta —limpiar la terraza del establecimiento— *en el contexto* de cuya ejecución se causan lesiones corporales a uno de los huéspedes, bajo un déficit de capacidad —error de tipo evitable— que podría haber sido evitado si hubiesen adoptado las precauciones necesarias¹²²⁵. No es la orden impartida por *H* lo que determina que el patrón de agencia aplicado por *A* y *B* sea a su vez defectuoso. De ahí que, aun cuando se considerase que la instrucción de *H* tiene una relevancia tan decisiva que sin ella *A* y *B* no hubiesen tenido razón alguna para efectuar el comportamiento que luego satisface la descripción del tipo de lesiones, aquello que *H*, por un lado, y *A* y *B*, por el otro, habrían estado en condiciones de evitar, en caso de haber actuado conforme a cuidado, son clases de comportamientos distintos.

¹²²⁴ Ejemplo tomado de WALDER, *FS-Spendel*, pp. 364 y s.

¹²²⁵ En todo caso, de la exclusión de la calidad de coautor en *H* no se sigue inmediatamente su condición de inductor por imprudencia en un hecho principal constitutivo de lesiones imprudentes. Pues, a pesar de que la orden de *H*, en efecto, constituye una acción auxiliar para la acción conjuntamente desplegada por *A* y *B*, su imputación a título de imprudencia dependerá de que, para *H*, en su calidad de gerente del hotel, hubiese resultado exigible incorporar en el contenido de la instrucción dirigida a los operarios la orden de adoptar las medidas de cuidado pertinentes, y de que, además, para *H* hubiese resultado previsible que, de la ejecución de dicha orden por parte de los trabajadores, podría resultar herido un tercero. Ninguno de tales aspectos es evidente. Sin embargo, la formulación del caso, que versa sobre la instrucción dirigida a trabajadores *inexpertos*, permite plantear la pregunta acerca de lo previsible que, desde el punto de vista de *H*, podría haber resultado el hecho de que *A* y *B* no tomarían ninguna precaución al ejecutar la labor y de que, tanto por esta razón como por el hecho de que no les suministra materiales idóneos para ejecutar el trabajo en condiciones más seguras, *H* no podría invocar en su favor el principio de confianza.

Por otro lado, la imputación de un hecho imprudente a título de complicidad —o en su forma agravada, de cooperación necesaria— podría tener cabida cuando un sujeto, de manera contraria a cuidado, favorece o auxilia la realización de un comportamiento ajeno que, bajo alguna de sus descripciones posibles, ejemplifica la clase de acción especificada en algún tipo delictivo, en circunstancias de que, de haber observado el cuidado exigido, el primero de ellos habría estado en condiciones de evitar prestar dicha contribución¹²²⁶. En consecuencia, no tiene lugar aquí un quebrantamiento conjunto de la norma en cuestión, dada la existencia de una relación unilateral —fundada vía accesoriedad— entre el comportamiento de dos o más sujetos. Considérese el siguiente ejemplo:

Sin mediar pregunta alguna, el farmacéutico *F* vende a *C* el medicamento *X*, a pesar de que este no cuenta con la respectiva receta médica, como exige la normativa. Posteriormente, *C*, que no es médico y sin consultar a ningún especialista ni leer las contraindicaciones en el prospecto del fármaco, administra el medicamento *X* a su pequeño hijo *H*, quien presenta una enfermedad (desconocida para *C*) que resulta incompatible con la ingesta del fármaco. Producto de lo anterior, *H* fallece.

Asumiendo como hipótesis de trabajo que el comportamiento de *F* es contrario a cuidado —dado que, aunque desconoce la especial condición de *H*, precisamente una razón para exigir la receta médica es la de asegurarse que el medicamento sea apto para la persona que lo consumirá—, y, tomando como base, igualmente, que también el comportamiento de *C* es contrario a cuidado —ya que, aun cuando no se lo represente explícitamente, emprende el riesgo de suministrar a *H* un medicamento sin conocer las posibles consecuencias que podría provocar su ingestión, pero precisamente sabiendo que carece de las competencias para determinarlo y sin preocuparse por averiguarlas—¹²²⁷, en un supuesto como el anterior, sin embargo, no se configura una hipótesis de coautoría: falta un quebrantamiento conjunto de la norma. La acción principal, esto es, la que causa la muerte de *H* ha sido ejecutada exclusivamente por *C*, a quien resulta imputable el hecho a título propio. En cambio, la relación de *F* con la muerte de *H* está mediada por el comportamiento de *C*, cuya capacidad ejecutiva ha favorecido, suministrando el medio

¹²²⁶ Un supuesto de hecho de estas características puede extraerse de la Sentencia del Juzgado de Menores de Lugo de 5 de noviembre de 2010. Los adolescentes *A* y *B* se ponen de acuerdo para gastar una broma a sus compañeros que se encuentran al interior de una tienda. Para ello, *A* facilita una pelota de ping pong y un mechero a *B*, quien prende fuego a la pelota y la lanza al interior de la tienda. La pelota alcanza a *C*, dueña de la tienda, una persona de avanzada edad y de escasa movilidad, haciendo arder de inmediato su pantalón. Producto de graves quemaduras, *C* fallece. Se condena a *B* como autor y a *A* como cooperador necesario de un homicidio por imprudencia grave.

¹²²⁷ En ese sentido, *P* excede el riesgo permitido, pues, precisamente en su condición de padre, pesa sobre él la expectativa normativa de que procederá con cautela en cuanto a los medicamentos que suministra a su hijo. La pregunta por la culpabilidad de *C*, en virtud de una eventual afectación a la exigibilidad de motivación conforme a la norma, puede aquí permanecer al margen, pues, de configurarse, ella no incidirá en la condición (ya fijada) de autor de ese sujeto, sino en el carácter delictivo de su comportamiento.

comisivo, siendo esto lo que fundamenta su imputación a título de participación. No existe una unidad de acción, pues el patrón de agencia de *C* no ha sido configurado por *F*, ni tampoco el comportamiento de *C* cuenta como una “continuación” del ejecutado por *F*¹²²⁸. Dado que, bajo la presentación del caso, el déficit de capacidad —error de tipo evitable— que padece *C* no ha sido provocado por *F*, tampoco se configura una instancia de autoría mediata de parte de este último¹²²⁹.

1.3.2. Especial referencia a los casos de carreras en el tráfico viario

Los casos más problemáticos de cara a su delimitación con la coautoría son aquellos en los que uno de los sujetos realiza aportes de suma relevancia para que la realización del tipo haya podido tener lugar, surgiendo incluso el interrogante de si acaso no constituye una unidad de acción con los aportes autónomamente típicos, como a primera vista podría parecer en las constelaciones que enseguida se analizan.

Según lo sostenido en el subapartado anterior, una potencial instancia de coautoría en un hecho imprudente tendría que ser igualmente excluida si, existiendo un comportamiento conjunto entre dos o más sujetos, este no recae en la realización típica. La insistencia por distinguir entre la realización conjunta del tipo y la infracción conjunta de una medida de cuidado —como condiciones copulativas para el surgimiento de una potencial coautoría en un injusto imprudente— se justifica una vez que se detecta cierta tendencia, extendida entre varios de los representantes de la plausibilidad de esta estructura de imputación, a cifrar la atención preferentemente en el carácter conjunto de la infracción de la medida de cuidado, y a desatender, en cambio, que la realización del tipo también ha de revestir esa propiedad. Por supuesto, incide en ello el hecho de que, según la opinión ampliamente dominante, la infracción del “deber de cuidado” forma ya parte del juicio de antinormatividad. Pero aquella propensión también trae causa en la alteración a que se someten los elementos constitutivos de la coautoría, que, para ser adaptados al injusto imprudente, tienden a modificar su objeto de referencia. Con matices que fueron advertidos en su oportunidad, varios de tales modelos constructivos referencian no solo el nexo intersubjetivo entre los coautores, sino también su elemento material, a una acción conjunta contraria a cuidado o, en términos de imputación objetiva, a la creación conjunta de un riesgo jurídicamente desaprobado.

¹²²⁸ Para apoyar esta solución, podría modificarse levemente el caso y suponer que, en lugar de un medicamento, *F* facilita a *C* un recipiente con veneno, y, además, sabiendo que este último lo empleará para dar muerte a *H*. En tal caso, la forma de imputar ese hecho a *F* seguiría siendo la de una participación (vía complicidad), aunque ahora a título doloso y en un delito de homicidio (o, en su caso, de asesinato).

¹²²⁹ Por esto, el caso se modifica sensiblemente si *C* hubiese llegado a considerar como seguro administrar el medicamento a *H* en razón de una recomendación de *F*, o si este le ha persuadido acerca de su escaso riesgo.

Pues bien, la razón por la cual no es en absoluto trivial la diferenciación apuntada descansa en que la unificación de tales requisitos favorece una indebida ampliación del ámbito aplicativo de la coautoría en el injusto imprudente. Para ello es útil atender a la discusión suscitada a propósito de algunos ejemplos y casos de la jurisprudencia alemana, que comparten entre sí ciertas similitudes estructurales —aunque el primero que se comentará no involucra una carrera entre los intervinientes—, y a algunos de los cuales se ha hecho aquí anteriormente alguna mención¹²³⁰.

En el *Caso de los ciclistas* la responsabilidad de *B* no se encuentra en duda. *B* conduce con el faro de su bicicleta apagado y eso le imposibilita evitar estrellarse con *C*, causando con ello su muerte. La pregunta, más bien, consiste en si —y, en su caso, a qué título— cabría responsabilidad a *A*, quien, justo delante de *B*, también conduce con luces apagadas, en circunstancias de que, de no haber infringido *A* esa medida de cuidado, probablemente su hermano *B* podría haber evitado impactar a *C*.

Según sostuviera tempranamente Exner, para quien reconozca —como lo hiciera él— la posibilidad de una coautoría imprudente, ambos hermanos podían ser considerados coautores, pues ambos ejecutaron conjuntamente una conducción peligrosa, respondiendo cada uno, por ende, de las consecuencias previsibles de ese actuar común¹²³¹. Generalmente, la tesis de Exner es criticada. Ya Roxin había advertido que el carácter conjunto de la coautoría no ha de estar referido a la decisión conjunta, sino a aquello que genera autoría, esto es, al deber; en el *Caso de los ciclistas*, sin embargo, faltaría una infracción de deber compartida, por lo que la afirmación de una coautoría imprudente en tal caso habría significado responder por la culpa ajena¹²³². Por otro lado, dado que el

¹²³⁰ Para la formulación de los supuestos de hecho del *Caso de los ciclistas* [*Radfahrer-Fall*] y del *La carrera de motos* [*Wettfahrt-Fall*], véase *supra* Cap. Sexto, apdo. I.

¹²³¹ EXNER, *FG-Frank*, pp. 585 y ss. De otra forma, según Exner, *A* tendría que haber sido exonerado, dada la falta de nexo causal entre su comportamiento y el resultado lesivo, amén de que una responsabilidad por omisión tampoco podría haber venido en consideración, ya que la obligación de conducir con luces encendidas no hace generar en *A* el deber de evitar accidentes de otros ciclistas. Según parece desprenderse del análisis ofrecido por Exner, la razón por la cual habría sido contraintuitivo librar de toda responsabilidad a *A*, resultando entonces hacedera una coautoría imprudente, descansa en lo que hoy se conoce como conexión de contrariedad a deber, la cual podría haberse establecido entre la infracción de deber por parte de *A* y el comportamiento de *B*.

¹²³² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., pp. 532 y s. Críticamente también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 141. Véase asimismo BINDOKAT, *JZ* (1979), pp. 436 y s., quien correctamente descartara la coautoría en este caso por faltar una realización conjunta del hecho, pues, a pesar de darse una actuación conjunta consciente y acordada, falta la causalidad de esta respecto de la realización del hecho. En cambio, según el planteamiento ofrecido por RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 433, del conducir sus bicicletas con luces apagadas en un camino rural —es decir, de las infracciones a ese deber de cuidado de parte de los hermanos ciclistas— no constituye ninguna base común (*Gemeinsamkeit*) entre ellos. Distinto habría sido, añade Renzikowski, si *A* hubiese conducido sin encender la luz de su bicicleta solo porque así lo ha acordado con *B*, y viceversa. De esto último se deja desprender que, a diferencia de los autores antes citados, las suspicacias que el *Caso de los ciclistas* suscita en Renzikowski tienen que ver con el aspecto intersubjetivo, y no tanto, sin embargo, con el carácter conjunto de la realización del tipo.

deber de cuidado consistente en conducir con luces encendidas no tendría por finalidad iluminar la vía para ciclistas a la zaga —es decir, no se trata de asegurar las capacidades de evitación de otros, sino exclusivamente la propia— se ha señalado frecuentemente que, en el *Caso de los ciclistas*, y en contra de la sugerencia de Exner, A debía quedar impune¹²³³.

Ahora bien, aunque, ciertamente, no se deje establecer el respectivo nexo de imputación, con esta sola crítica, exclusivamente relativa a la imputación por imprudencia, queda oculto el primer interrogante que, sin embargo, habría de ser planteado en un caso como este: ¿efectivamente existe realización conjunta del *hecho*? Pues el nexo de imputación es un juicio contrafáctico en el que se asume como hipótesis que, aquel de quien se predica la falta de cuidado, efectivamente, ha realizado el tipo en cuestión; de afirmarse ese nexo respecto de un sujeto, entonces el hecho se tiene como uno que podría haber sido evitable de *para él*, sea que lo haya realizado individual o conjuntamente con otro.

Como podrá haberse advertido, en el *Caso de los ciclistas*, además de faltar una realización conjunta del hecho, ni siquiera es posible apreciar un compromiso práctico entre los ciclistas en términos de compartir la intención (negativa) de no ejecutar conforme a cuidado una determinada actividad. En cambio, los hechos imprudentes que tienen lugar en el contexto de una competición presentan la particularidad —y, con esto, la dificultad añadida— de que sí existe un nexo intersubjetivo entre quienes participan en ella. A su vez, es posible que en algunos casos incluso se desconozca cuál de los participantes ha protagonizado el accidente que directamente causa la lesión de un determinado bien jurídico, como ocurre en el siguiente supuesto.

En el ejemplo de *La carrera de motos*¹²³⁴, en el contexto de un *tour* de motociclistas en un bosque, A y B de manera espontánea deciden retarse a una carrera. Tras exceder ambos los límites de velocidad permitidos y justo al enfrentar una pronunciada curva, resulta atropellado un niño que fallece a causa de ello, sin que logre establecerse qué motociclista lo embistió. Como en el caso anterior, dos sujetos emprenden conjuntamente una actividad riesgosa, faltando al cuidado exigido en el tráfico, con la diferencia de que esta vez se desconoce quién realiza el comportamiento que se deja subsumir en el tipo de

¹²³³ La obligación de encender las luces se refiere a la propia conducción. Por esto, la infracción del deber de cuidado no consistiría en conducir con las luces apagadas, sino en conducir una bicicleta por la oscuridad y no haber encendido para ello las luces. En este sentido, véase PUPPE, GA (2004), p. 146.

¹²³⁴ El ejemplo que aquí se trata como *La carrera de motos* debe distinguirse de un caso clásico de la jurisprudencia alemana (BGHSt 7, 112), también relativo a una competición de motociclistas, pero de la que resultó muerto no un tercero, sino uno de los participantes, de manera que el argumento allí tematizado es el de la “participación en una autopuesta en peligro”. Sobre este caso véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., pp. 34 y 213, con nota 487; con opinión crítica sobre la decisión condenatoria, VON ATENS, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, pp. 33 y ss.

homicidio¹²³⁵. Nuevamente, el interrogante que viene en consideración es en qué medida una potencial coautoría imprudente podría fundamentarse con base en la creación de un riesgo conjunto. Por supuesto, y aunque no debiese prejuzgar la solución al respecto, la ponderación favorable a una coautoría tiende a estar fomentada por la incertidumbre relativa a cuál de los protagonistas en la carrera ha causado el resultado.

Por referencia a un supuesto de hecho similar al recién descrito, Häring concluye que la coautoría es perfectamente posible¹²³⁶. En ese supuesto, con sus respectivos automóviles y sobrepasando los límites de velocidad, dos sujetos protagonizaron una carrera en cuyo desarrollo uno de los conductores se deslizó, salió de la pista y embistió a dos ciclistas adolescentes, causándoles la muerte. El análisis de Häring parte por afirmar que, ya por necesidad conceptual, la carrera automovilística representa una acción conjunta. Asimismo, a través de su participación en ella, cada “co-conductor” ha prestado un aporte individual esencial y aparece como figura central del suceso. Luego, entre la acción conjunta y la producción del resultado imprudente existe un nexo causal, pues, conforme leyes empíricas, la ejecución de esta clase de acción es apta para producir el resultado en cuestión. Por último, Häring concluye que cada interviniente ha creado, mediante su participación contraria al deber de cuidado, un riesgo típicamente relevante que, junto con el riesgo no permitido introducido por el otro, se ha co-realizado, de manera previsible para cada interviniente, en el resultado delictivo. Recurriendo al ejemplo de dos sujetos que apuestan recorrer en un breve lapso un tramo de carretera, de lo cual resulta la muerte de un tercero, Hoyer también ha reconocido la posibilidad de una responsabilidad a título de coautoría por un homicidio imprudente, a lo que aparentemente no tendría que obstar el hecho de que solo uno de ellos embista a la víctima. Pues, de acuerdo con la postura de Hoyer, para poder afirmar una coautoría bastaría, en forma similar al *Caso de las rocas rodantes*, que la contribución esencial del otro conductor consista, más allá de la planificación del hecho, en haber tomado parte en la carrera, ya que con ello dobla el riesgo de que se produzca el resultado. De esta manera, según Hoyer, ambos conductores detentan conjuntamente un “dominio del peligro”, de manera que finalmente ya no es decisivo cuál contribución individual causa el resultado¹²³⁷.

¹²³⁵ Algunos detractores de la coautoría en un injusto imprudente sostienen que los intervinientes en *La carrera de motos* habrían de recibir la condición de autores paralelos, sobre la base de que ambos, a través de su participación en la carrera, han creado el peligro que se concreta en la muerte de un tercero. Por ejemplo, GÜNTHER, *JuS* (1988), p. 387, defiende dicha solución, sosteniendo que la intervención de cada uno en la carrera causa la muerte del niño, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones: si la carrera no hubiese tenido lugar, el niño no habría sido atropellado. En cambio, de manera más reciente, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 726, considera que, en el caso de los motociclistas, se dan los presupuestos para una determinación alternativa impropia (*unechte Wahlfeststellung*) de un homicidio imprudente (en autoría directa), bien a partir de la creación de un peligro directamente causal para la producción de la muerte de otro (primera alternativa), bien a través de la intervención en una carrera riesgosa, contraria a cuidado, que determina la lesión de ese bien jurídico (segunda alternativa).

¹²³⁶ HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 373 y s., comentando un caso que conociera el Tribunal Supremo suizo (BGE 130 IV, 58).

¹²³⁷ HOYER, *FS-Puppe*, p. 527. La principal dificultad que enfrenta esta propuesta de solución es que resulta altamente dudoso que el hecho de tomar parte en un comportamiento riesgoso conjunto torne también en

Pero también es posible que se conozca cuál de los participantes en una competición automovilística ha protagonizado directamente el accidente que redundará en una lesión de bienes jurídicos ajenos. En el *Caso de la prueba de aceleración [Beschleunigungstest-Fall]*¹²³⁸, los conductores *A* y *C*, tras emprender una carrera, aceleran sus vehículos a más de 200 km/h, excediendo el límite de velocidad de 120 km/h. Al intentar adelantar a un tercer vehículo situado en el carril derecho y no implicado en la competencia, por un corto lapso, los tres automóviles ocupan una vía de solo dos carriles. Dada la dificultad de la maniobra, el automóvil de *A* comienza a patinar y enseguida vuelca. A causa del accidente, el conductor *A* resulta gravemente herido; su copiloto, *B*, resulta muerto; mientras que *C*, el otro conductor, y *D*, su copiloto, salen ilesos.

Asumiendo como hipótesis de trabajo que no se configura lo que algunos autores llaman hipótesis de equivalencia entre una heteropuesta en peligro consentida y una autopuesta en peligro¹²³⁹, y que, por tanto, a *A* resulta imputable la producción de la muerte de *B*, la pregunta que aquí interesa es la de una eventual responsabilidad de *C* a título de coautor. Para ello sería necesario que a este último se impute el comportamiento realizado por *A* (*rectius*: que lo realizado por él y *A* le sea imputable como una acción conjunta).

Una respuesta favorable a la coautoría en el *Caso de la prueba de aceleración* pareciera ofrecer Renzikowski, quien considera que *A* y *C* conjuntamente habrían emprendido un proyecto peligroso de acción (*gefährliches Handlungsprojekt*), esto es, la carrera de automóviles, cuyo peligro para la vida de otro se ha realizado en la muerte de *B*¹²⁴⁰. Discutiendo este mismo supuesto de hecho, aunque sin reconocer un concepto restrictivo de autor en el injusto imprudente y, por ende, una instancia de coautoría, Mitsch sustenta la condición de autor de *C* basándose en argumentos similares, al sostener que existe una causalidad psíquicamente mediada, pues el comportamiento de ninguno de los sujetos habría tenido lugar si el otro, a su vez, hubiese renunciado a participar en la carrera¹²⁴¹.

conjunto el resultado causado por cada una de las acciones individuales que se despliegan en el contexto de dicha actividad riesgosa.

¹²³⁸ Sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2008 – 4 StR 328/08. Este caso ha sido especial objeto de análisis a propósito de la relevancia del comportamiento del sujeto pasivo y, con ello, de la extensión del principio de autorresponsabilidad. Al respecto, entre otros, RENZIKOWSKI, «Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen», *HRRS*, 8-9 (2009), pp. 347 y ss.; ROXIN, «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal» (trad. Peñaranda Ramos), *InDret*, 1 (2013), pp. 5, 15 y ss., de quien se toma el nombre del caso; y VON ATENS, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, pp. 64 y ss.

¹²³⁹ Así, por ejemplo, ROXIN, *InDret*, 1 (2013), pp. 14 y ss., quien al respecto presenta como condiciones: el conocimiento del riesgo por parte de la víctima, el consentimiento en la acción arriesgada causante del daño y que la primera cargue “con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común”.

¹²⁴⁰ RENZIKOWSKI, *HRRS*, 8-9 (2009), p. 351. Nótese que el sentido de la fórmula empleada por Renzikowski determina que la peligrosidad sea predicable del proyecto, y no, en cambio, de la acción (conjunta).

¹²⁴¹ MITSCH, *JuS* (2013), pp. 21 y s. Asimismo, a propósito de un caso posterior al comentado, SCHNEIDER, A., *ZJS*, 4 (2013), p. 366, afirmando sobre la base de una causalidad psíquicamente mediada la

Por su parte, desde otros presupuestos teóricos y ya no circunscrito a supuestos de carreras, sino en términos más generales, Sánchez Lázaro defiende la posibilidad de una coautoría imprudente entre conductores que, sin respetar las normas del tráfico, originan un accidente en el que fallece un tercero. Según señala, el resultado puede imputarse en su totalidad a ambos ya que, por la configuración normativa del ámbito social donde se encuentran, cada cual debería “contar con el resto de riesgo concurrente”¹²⁴².

Por último, cabe mencionar también el *Caso de la carrera en la avenida Ku'damm (Ku'damm-Raser-Fall)*, cuyos hechos tuvieron lugar en febrero de 2016, en la avenida Kurfürstendamm de Berlín¹²⁴³. En la parada de un semáforo, dos conductores (aquí, A y B) acordaron de manera espontánea y tácita iniciar una carrera. Durante el transcurso de la carrera, A y B excedieron los límites de velocidad permitidos, alcanzando entre 160 hasta 170 km/h, y omitieron varios semáforos en rojo, hasta que, en aquella intersección, A colisionó con C, un tercer conductor totalmente ajeno a la carrera, que giraba a la derecha correctamente con luz verde. Segundos después del impacto con C, A colisionó lateralmente con B. Como consecuencia del choque, C falleció. No pudo determinarse si acaso también B habría colisionado con C, en caso de que A no lo hubiese impactado. Recientemente este caso ha motivado especial atención en la dogmática alemana, no solo a propósito de la posibilidad de una coautoría entre los participantes de la carrera, sino también por el clásico problema que en estos supuestos genera la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente¹²⁴⁴. A la vez, este caso también permite certificar un

responsabilidad del otro participante en una competencia automovilística, por haber provocado a participar en ella a quien protagoniza el accidente.

¹²⁴² SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 215. El problema de esta tesis, sin embargo, es que aun cuando un sujeto tuviese la obligación de contar con el comportamiento descuidado de otro —esto es, una limitación del principio de confianza en este sector del tráfico—, ello no hace de la infracción de semejante exigencia de cuidado una infracción conjunta. De otra opinión, negando para estos casos una estructura de codelincuencia, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 352.

¹²⁴³ Sentencia del LG Berlin de 27 de febrero de 2017 (en *NStZ*, 2017, pp. 471-478).

¹²⁴⁴ Tras calificarse como dolosa la actuación de los participantes en la carrera, estos fueron condenados inicialmente como coautores en un delito de asesinato. Recientemente, tras un nuevo juicio, en Sentencia del LG Berlin de 2 marzo de 2021, se ha modificado la calificación jurídica del hecho respecto del segundo de los conductores, negando la coautoría, pero condenándolo por una tentativa de asesinato. Interesa aquí centrarse en la primera hipótesis. Para fundamentar la coautoría de los participantes en la carrera, en el primer juicio, el LG Berlin (Sentencia de 27 de febrero de 2017) se basó en el acuerdo espontáneamente surgido entre los conductores (con gestos y fuertes ruidos de motor) mientras esperaban frente a un semáforo, en tanto que la contribución esencial al hecho, por parte de aquel cuyo coche no impactó con el de la víctima, se fundó en la circunstancia de que el otro conductor no podría haber competido solo en una carrera. La afirmación de dolo eventual, por su parte, se sostuvo esencialmente en que, tras conducir a una velocidad de hasta 170 km/h y haber ignorado en el trayecto varios semáforos en rojo, los conductores eran conscientes del peligro involucrado para otros participantes del tráfico y aun así habrían aceptado sus posibles consecuencias. Por último, la calificación del hecho como asesinato hubo de basarse en la utilización de medios que constituyen un peligro público (§ 211 StGB). Después que el BGH anulara parcialmente este fallo, por no haberse probado suficientemente la presencia de dolo, en una segunda decisión, en Sentencia del LG Berlin de 26 de marzo de 2019, se volvió a condenar a ambos conductores a título de coautores en un delito de asesinato, esta vez, añadiendo las causales de alevosía y motivos bajos. Para uno de los varios análisis críticos que ha suscitado este caso, véase, por ejemplo, MOMSEN, «Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment», *KriPoZ*, 2 (2018), especialmente pp.

factor insinuado en el capítulo anterior, a saber: cómo la renuencia a la admisión de una coautoría imprudente, en algunos casos, podría acabar incidiendo en la imputación de un hecho a título de dolo eventual.

En lo que concierne a la (controvertida) afirmación de dolo en este caso, de nuevo es importante determinar cuál es su objeto, tratándose de delitos puros de resultado. En el caso de carreras ilegales, ciertamente, los participantes contarán con el hecho de que están creando un peligro para la vida de terceros. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, es factible que cada competidor, *además*, haya advertido la posibilidad de causar la muerte de un tercero, aunque también es perfectamente factible que no lo haya hecho¹²⁴⁵. Lo anterior impide afirmar automáticamente una imputación a dolo eventual en este grupo de casos, pues la eventualidad aquí no se predica de la posibilidad de que el sujeto *hubiese podido* advertir que, bajo tales circunstancias, podría causar la muerte de un tercero, sino que la eventualidad más bien recae en la efectiva producción de este último resultado. Con otras palabras: lo eventual no es el dolo, propiamente tal, sino la configuración de aquel comportamiento que se imputaría a título de dolo. Ello hace necesario valorar otro tipo de indicios que podrían conducir a la afirmación de que quien ha protagonizado el accidente, a pesar de contar con todos los factores necesarios para reconocer en su comportamiento una instancia concreta de la clase de acción prohibida, sin embargo, no haya previsto dicha posibilidad (por ejemplo, confiar excedida e irreflexivamente en sus capacidades de reacción o en la suerte, en que terceros le dejarán la vía libre, en la escasa circulación de vehículos durante la noche, etc.). De ahí la necesidad de diferenciar entre los compromisos doxásticos efectivamente atribuibles al autor, por un lado, y lo

82 y ss., una de cuyas críticas dirigidas a la primera sentencia del LG Berlin, sin embargo, descansa en una discutible identificación entre el nexo intersubjetivo de la coautoría y el dolo, como se deja advertir en su comentario aprobatorio del primero de dos pronunciamientos que, con ocasión de este mismo caso, ha hecho el BGH (Sentencia del BGH de 1 de marzo de 2018 - 4 StR 399/17, nm. 27) a saber: que, para poder imputarse un homicidio en coautoría a los procesados, era necesario que la decisión conjunta al hecho hubiese comprendido la muerte de otra persona, mientras que el acuerdo de participar en una carrera ilegal tiene otro contenido. El mismo argumento se reiteró en un segundo pronunciamiento del BGH (Sentencia del BGH de 18 de junio de 2020 – 4 StR 482/19, nm. 11), que descarta la coautoría: “conforme el § 25. II StGB el objeto de referencia de la decisión conjunta o plan del hecho es siempre el hecho punible. Un delito de homicidio cometido en coautoría presupone que la decisión conjunta esté dirigida a la producción de la muerte de una persona mediante la cooperación basada en división del trabajo”. Dejando al margen el hecho de que, como se desarrolla luego en el texto, no puede configurarse una hipótesis de coautoría cuando solo de los sujetos realiza el tipo, nótese cómo la indistinción de contenidos en las dos clases de compromisos cognitivos involucrados —el que fundamenta la presencia de una acción conjunta, por un lado, y el que fundamenta la atribución de dolo, por el otro— redundante en que, de manera desacertada, de la operación que afirma o rechaza la imputación del hecho a título doloso, acabe haciéndose depender la decisión acerca de una posible coautoría.

¹²⁴⁵ Fundamental al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 510 y s., quien se refiere al ejemplo de un conductor que no se detiene ante un semáforo en rojo y causa la muerte de un transeúnte, alegando luego que, a pesar de haber visto el semáforo en rojo y la presencia de peatones, ha pensado (erróneamente) que, al verle, los peatones se apartarían. En ese caso, según Ragués i Vallès, aunque el conductor sabe que realiza un comportamiento en abstracto riesgoso y cuenta con un “conocimiento situacional” correcto, puede haber “valorado incorrectamente la concreta aptitud lesiva de su conducta”.

racionalmente impermisible de su creencia errónea —en todo caso, factor gravitante en la inexcusabilidad y gravedad del error—, por el otro¹²⁴⁶.

Pues bien, cada una de las constelaciones recién planteadas presentan cierta similitud: sin duda, varios sujetos exceden el riesgo permitido y, sin embargo, no es en absoluto evidente que realicen conjuntamente el tipo de homicidio. En todas ellas, la supuesta responsabilidad a título de coautor de quien no toma parte en la realización de la acción principal que se deja subsumir en el tipo tendría que fundamentarse forzosamente en una ampliación (por vía de anticipación) del respectivo objeto de imputación. Pues, en el *Caso de los ciclistas*, el comportamiento antinormativo no está constituido por la “conducción en bicicleta con luces apagadas”, que es lo que conjuntamente realizan ambos hermanos; mientras que ni en *La carrera de motos*, ni en el *Caso de la prueba de aceleración*, ni en el *Caso Ku'damm*, el objeto de imputación puede situarse en la “participación en una carrera a exceso de velocidad”, ya que, en definitiva, por ninguna de tales vías se mata a otro¹²⁴⁷. Desde luego, no cabe cuestionar que solo puede participarse en una competencia si se actúa junto con otros, sin embargo, tanto en esta última tría de casos como también en el primero, la clase de acción prohibida es instanciada de manera total y autónoma por el comportamiento individual de solo uno de los intervinientes, sin que para ejemplificar la clase de acción prohibida “matar a otro” resulten interdependientes del comportamiento de los demás. En ese sentido, el comportamiento conjunto nace y se agota en la creación de las condiciones riesgosas bajo las cuales posteriormente solo *uno* de los intervinientes realiza el comportamiento antinormativo *in concreto*¹²⁴⁸. Como fuese sugerido a nivel general, la infracción de una medida de cuidado solo fundamenta el criterio de la imputación, mas no se erige como objeto de ella; de lo contrario, se estaría identificando la pregunta acerca de qué debía ser evitado, con la de por qué ello no pudo ser evitado¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Entre los argumentos que se analizan en este grupo de casos suele encontrarse también el de la autopuesta en peligro que traería implícita la atribución de dolo a los participantes. Dicho argumento no es por sí solo determinante a la hora de descartar una posible imputación a dolo, pues no es *conceptualmente* incompatible con el hecho de que el o los sujetos en cuestión pudieran contar con que, efectivamente, del mismo modo en que ponen en riesgo los bienes jurídicos de terceros, arriesgan también los propios. No obstante, el antecedente sí es informativo como posible indicio de una sobrevaloración de los competidores acerca de sus propias capacidades de evitación. Para esto último, también en el contexto del tráfico viario, véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 270 y s.; LA MISMA, *DJP*, 4 (2011), pp. 19, 22 y s. Además, cabe añadir que la sobrevaloración de las propias habilidades pueden determinar que el conductor, justamente a causa de esa razón, en el momento decisivamente relevante, esté ya privado de una capacidad física de evitación, lo cual redundaría en que la afirmación de dolo sustentada solamente en la asunción consciente de una actividad riesgosa para la vida de terceros podría reducirse aquí a un *dolus antecedens*.

¹²⁴⁷ Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 119.

¹²⁴⁸ En cambio, sí podría venir en consideración una coautoría en el evento de que aquel cuyo comportamiento satisface la descripción típica, en el momento de su realización, haya perdido el control del automóvil, a la vez, a causa del desequilibrio ocasionado por otro de los participantes de la carrera, por lo que la realización típica ya no sería obra exclusiva del primero.

¹²⁴⁹ En detalle al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.

Esto muestra que, en contraste con la sugerencia de Hoyer, antes referida, no existe una equivalencia estructural entre *La carrera de motos* —ni los demás supuestos de competiciones automovilísticas ilegales— y el *Caso de las rocas rodantes*. En efecto, solo este último representa una hipótesis de “coautoría aditiva”, pues las acciones de los sujetos que hacen rodar rocas constituyen acciones efectivamente idóneas para producir el resultado, esto es, acciones potencialmente principales bajo la descripción “causar la muerte de otro”. Para confirmarlo, bastaría considerar que, si los sujetos hubiesen hecho rodar las rocas advirtiendo la posibilidad de causar la muerte de un tercero, y ello no hubiese ocurrido, ya se habría configurado a su respecto una instancia de tentativa de homicidio en coautoría. De ahí que, en el *Caso de las rocas rodantes*, y demás instancias de coautoría aditiva —en donde no es necesario que alguno de los intervinientes ejecute una acción complementaria—, el exceso se verifica respecto de todos, pero solo por referencia al *resultado* causado, y no en cuanto a las partes componentes de la acción conjuntamente ejecutada. En los supuestos de carreras ilegales, en cambio, no puede presumirse que por el solo hecho de participar en la carrera cada participante podría acabar causando la muerte de un tercero, ya que para ello haría falta la ejecución de una *acción adicional*; en este grupo de casos, la acción principal consistente en atropellar a un transeúnte o colisionar con un tercer conductor. Para los demás participantes, esta acción adicional supone un exceso no solo por referencia al resultado, sino ya en cuanto a la *acción* que, solo en un primer momento (t_1) es conjunta bajo la descripción “participar en una carrera de automóviles”¹²⁵⁰, pero luego, a causa de dicho exceso, deja de serlo en un segundo momento (t_2).

Lo anterior permite precisar por qué los supuestos de carreras ilegales tampoco podrían exhibir la estructura de una “coautoría alternativa”¹²⁵¹. En estos últimos, los coautores adoptan un patrón de agencia compartida a partir del cual la ejecución de una determinada acción se proyecta de manera necesariamente *disyuntiva* entre una de las dos o más

¹²⁵⁰ En rigor, se trata más bien de una *actividad conjunta*, pues, a diferencia de quienes, en un determinado momento, hacen rodar dos rocas desde la cima de un monte, los que toman parte en una carrera ilegal lo hacen durante un determinado lapso. Ello exhibe la relevancia de que, durante dicho lapso, esa actividad conjunta puede someterse a redescriptiones, y operar alguna modificación relevante en una de sus partes componentes que determine que, bajo cierta descripción, representarán ya solamente una acción individual. En el *Caso de las rocas rodantes*, la acción conjunta ya ha sido ejecutada como tal en (t_1), por lo que la producción o falta de producción del resultado en (t_2) solo incidirá en las descripciones bajo las cuales podría subsumirse esa misma acción conjunta (v. gr., como causante o no de la muerte de una persona).

¹²⁵¹ Cfr. PUPPE, «Mordvorwurf bei illegalem Autorennen – Berliner Raser-fall», *ZIS*, 12 (2020), pp. 585 y s., para quien, en el *Caso Ku'damm*, de acuerdo con cómo estaba trazado el plan conjunto al hecho por parte de los participantes de la carrera, era finalmente una cuestión de azar si uno u otro de ellos (o bien ninguno) colisionaría lateralmente con otro vehículo que cruzara en alguna intersección. Según Puppe, ello recordaría al caso de quienes se apostan cada uno en extremos del camino, esperando a que aparezca la víctima, pero la diferencia es que, en el caso de la competición, sí habría una intervención en fase ejecutiva de parte de ambos sujetos. Para sustentar lo anterior, Puppe señala que la influencia psíquica de un competidor en el otro pertenece también a la fase de ejecución del plan del hecho, que, en ese caso, ha comenzado con el inicio de la carrera.

alternativas de ejecución. Presupuesto de lo anterior es que los coagentes se apliquen a sí mismos un “esquema común de representación”¹²⁵², para de esta manera poder anticipar, no el resultado, pero sí las acciones partes de los demás intervinientes en la ejecución de una misma acción conjunta. Por esto, en términos *prácticos*, en el paradigmático ejemplo de la emboscada a la víctima, puede apreciarse una instancia de “coautoría alternativa” —al margen de que los sicarios actúen con dolo—, porque lo realizado por el compañero no significa un exceso, sino que, por el contrario, satisface lo proyectado por un patrón de agencia recíprocamente vinculante. En fin, la previsibilidad de que a raíz de la carrera ilegal podría resultar la muerte de un tercero no tiene la capacidad de hacer propia una acción principal que ha tenido lugar *en el contexto* de una actividad conjunta, pero que sigue siendo individual. Tales diferencias estructurales con otros supuestos de coautoría “aditiva” y “alternativa” impiden que, al menos tratándose de carreras ilegales de las que solo uno de los competidores protagoniza un accidente, pueda configurarse una unidad típica de acción con los demás que participan en ella¹²⁵³.

De todas formas, y sin perjuicio de lo señalado, que la mera creación conjunta de una situación de peligro para bienes jurídicos de terceros no está en condiciones de fundamentar una relación de coautoría en casos en los que el resultado se explica con cargo a la acción desplegada por solamente uno de los sujetos es algo que también cabría ser comprendido con apoyo en el instrumental teórico que favorece la doctrina dominante: ninguna imputación recíproca puede sustentarse cuando el comportamiento de un pretendido coautor nada añade a la realización típica de otro u otros¹²⁵⁴. Ello tiene como

¹²⁵² Sobre la noción de “esquema común de interpretación”, véase KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 68.

¹²⁵³ De otra opinión, SCHNEIDER, A., *ZJS*, 4 (2013), pp. 363 y s., quien también por referencia a un caso de carrera automovilística, sugiere que entre los participantes en ella sí puede configurarse una unidad de acción, pues no habría sido una maniobra individual ni una concreta infracción de deber de cuidado, sino el proceso conjunto de conducción (y las lesiones del deber de cuidado que han tenido lugar a través de ese proceso) lo que se considera en el ámbito de la prueba de la “imprudencia objetiva”. En contra de lo anterior cabría sostener que en estos casos el comportamiento riesgoso conjuntamente emprendido permite explicar por qué (al participar en una carrera a exceso de velocidad) varios sujetos se pusieron en condiciones de realizar el hecho típico (causar la muerte de otro), pero no dice que, en efecto, todos lo hayan realizado.

¹²⁵⁴ En cambio, para un caso de estas características, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de abril de 2013 estimó la existencia de una “autoría conjunta”. Su supuesto de hecho también se refiere a una carrera automovilística iniciada espontáneamente por dos sujetos, al encontrarse en un semáforo. Al reanudarse la luz verde, ambos sujetos —aquí, *A* y *B*— aceleran bruscamente, exceden los límites de velocidad permitidos y se saltan algunos semáforos en rojo. Al llegar a una intersección, *A*, que iba adelante, tras distraerse mirando por el espejo retrovisor a *B*, tiene que efectuar una maniobra brusca para esquivar a tres peatones que se encuentran sobre un paso de cebra. Sin embargo, *B*, que circula más atrás, pero a una distancia muy próxima, ya que no guarda la distancia de seguridad y conduce a exceso de velocidad, no tiene el tiempo necesario para reaccionar y evitar atropellar a esos tres peatones. A causa del violento impacto, los tres fallecen. El Tribunal de instancia condenó a *A* y a *B* como autores de un delito de conducción temeraria en concurso con tres delitos de homicidio por imprudencia grave cometidos con vehículo motor. La SAP confirmó dicha sentencia —salvo por excluir respecto de *A* el delito de omisión del deber de socorro—, y aunque no se refiere a una coautoría imprudente, sí califica el hecho como una autoría conjunta, “dado que ambos conductores eran conscientes de la situación del otro”, y dada “la existencia de una especie de acuerdo tácito para conducir de esa forma”, por lo que el hecho es atribuible a ambos, “aun cuando solo uno de ellos alcanzó materialmente a los tres peatones”.

consecuencia, según lo ya señalado, que no sea de recibo considerar coautores a todos los sujetos involucrados, lo que redundará en que solo deba cargar con responsabilidad a título de autor (directo) aquel cuyo comportamiento, en efecto, satisface el tipo. En contrapartida, si en estos casos se desconociera cuál de los participantes en la carrera realizó (adicionalmente) la acción de matar o lesionar a otro —como ocurre en *La carrera de motos*—, entonces, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, a ninguno de ellos cabría imputar un delito de homicidio¹²⁵⁵.

1.3.3. Consideraciones sobre la llamada “cuasi-coautoría” imprudente

Según se anticipó, puede también frustrarse una eventual instancia de coautoría en casos en los que, a pesar de existir una auténtica acción conjunta entre dos o más sujetos, por cierta constricción normológica no pueda interpretarse esta como una realización conjunta del hecho, a saber: faltar un quebrantamiento conjunto de la norma de comportamiento. Esto ocurre, entre otros supuestos, cuando uno de los coagentes es titular del bien jurídico menoscabado. Pues, formulado de manera sintética: allí donde se encuentra vedada la posibilidad de que uno de los sujetos sea autor del hecho, consecuentemente, el otro tampoco podrá ser *coautor* del mismo.

Así, falta también una realización conjunta del hecho en un grupo de constelaciones dados en llamar de *cuasi-coautoría*. Bajo esta designación, no se trata aquí de comportamientos descuidados meramente convergentes entre el sujeto pasivo y uno o más agentes —para cuyo tratamiento dogmático a veces se utiliza ese rótulo—, sino de auténticas instancias de acción conjunta que derivan en una suerte de *aberratio ictus* (imprudente) finalmente padecida por uno de los coagentes¹²⁵⁶. Para ello, imagínese el siguiente supuesto¹²⁵⁷:

¹²⁵⁵ Por supuesto, lo señalado se entiende sin perjuicio de que sí se configuren delitos de peligro contra la seguridad vial (por ejemplo, los contemplados en los artículos 380 y 381 del CPE).

¹²⁵⁶ Para discernir mejor este grupo de casos, cabe enfatizar que aquí la acción conjunta en cuestión, desde un inicio, comporta la asunción de un mismo riesgo para todos. Es decir, se trata de una acción que es conjunta ya bajo la descripción “actuación a propio riesgo” y, no en cambio, de una acción conjunta que constituya una (eventual) instancia de actuación a propio riesgo solo para uno de los coagentes. Esto último, sin embargo, es lo que ocurre con los muy debatidos casos de transmisión de VIH mediante relaciones sexuales consentidas sin protección. Desde luego, se trata de una acción conjunta, pero solo bajo la descripción “mantener relaciones sexuales”, mas no así bajo la descripción —para estos casos, determinante— de la parte componente “exponerse a contraer una enfermedad venérea” —ni tampoco bajo la descripción de la parte contrapuesta: “transmitir una enfermedad sexual”—, y que, por tal razón, ya estructuralmente, son distintas de las que, bajo el rótulo “cuasi-coautoría”, comienzan a trabajarse.

¹²⁵⁷ En principio, podría suponerse que habría bastado continuar con algún ejemplo (mucho más común en la práctica) en el que, en el contexto de una competición automovilística, alguno de los participantes resulta lesionado o muerto. Sin embargo, el aspecto que pretende someterse ahora a consideración no es simplemente el de una intervención en la actuación a propio riesgo ajena, sino una actuación a propio riesgo desplegada a través de una acción estrictamente conjunta.

Los instructores de autoescuela. Al acabar la cena de fin de año en la autoescuela X, y luego de haber ingerido una cantidad de alcohol que los incapacitaba para conducir apropiadamente, los instructores A y B acuerdan dar un paseo por la ciudad en uno de los automóviles con los que diariamente trabajan. Mientras A maniobra el volante del vehículo, B controla los pedales y la palanca de cambios. Tras perder el control del vehículo en una curva, debido a la ejecución de una maniobra brusca de parte de A, pero también al aumento de velocidad aplicado por B, ambos instructores se estrellan contra un árbol, producto de lo cual A muere, en tanto que B solo sufre lesiones leves¹²⁵⁸.

Si es que la muerte hubiese sido padecida por un tercero, este caso parecería revestir, en términos fenomenológicos, las dimensiones de una hipótesis ordinaria de coautoría en un injusto imprudente. Desde una primera aproximación, ello podría conducir a suponer que, ahora desde un plano normativo, se trataría de una clase de supuestos que, dependiendo del punto de vista desde el cual se los contemple, exhibirían aspectos parciales tanto de una “participación en una autopuesta en peligro” como de una “heteropuesta en peligro consentida”¹²⁵⁹. Como pronto se verá, hay razones que desaconsejan semejante lectura. De momento, sin embargo, es evidente que la pregunta que surge a raíz de este grupo de supuestos es si la lesión de un bien jurídico padecida por alguno de los coagentes resulta imputable al otro. Cuando esto último se considera plausible, entonces la etiqueta *cuasi-coautoría* deja de ser puramente descriptiva, pues la identificación de una acción conjunta a nivel fáctico tendría, por razones que enseguida habrán de ser examinadas críticamente, la prestación de hacer operativo el principio de imputación recíproca. De esta manera, podría llegar a admitirse que, aun cuando uno de los sujetos —en el ejemplo recién formulado, el instructor A— no fuese responsable, por tratarse de un “coautor-víctima”, ello no permitiría exonerar al coagente —en el ejemplo, el instructor B— en cuya persona supuestamente sí se cumplirían todos los presupuestos para que surja una responsabilidad

¹²⁵⁸ UTSUMI, *ZStW*, 119 (2007), p. 153, comenta un supuesto de hecho relativamente similar, conocido por la judicatura japonesa. Se trató de dos sujetos que, sin ninguna experiencia ni formación previa con relación a la navegación de barcos, decidieron, en estado de ebriedad, ingresar a un barco turístico y zarpar sin autorización. Mientras uno maniobraba el timón, el otro controlaba el motor. El barco se estrelló contra una roca y resultó dañado. Para servir como ejemplo de “*cuasi-coautoría* imprudente”, podría modificarse parcialmente el caso, añadiendo como consecuencia las lesiones o la muerte de alguno de tales sujetos.

¹²⁵⁹ Al respecto WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 129, 134 y 139, quien ya apuntaba que la taxonomía tradicional (autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro) no lograría describir satisfactoriamente estas constelaciones, que tienen algo de ambas: en los casos de autopuesta en peligro en *cuasi-coautoría* habría una creación del peligro en división del trabajo y, por eso, aparentemente mostraría cierto rasgo de la heteropuesta en peligro. Pero, en su opinión, no son supuestos de heteropuestas en peligro, sino que se trataría de una intervención (mediante división del trabajo) en una autopuesta en peligro. Lo particular de esta clase de constelaciones es que supondrían la aplicación, en sentido propio, de las categorías de la intervención delictiva dentro de una autopuesta en peligro, diferenciándose de otros casos que esta autora llama “co-causación en una autopuesta en peligro”, en los que generalmente actúa un sujeto y, posteriormente, de manera previsible, un segundo actuante. Ahora bien, como se señala luego en el texto, el problema con el que tropieza la tesis de Walther, junto con otras que *anticipan* la aplicación de las categorías de la intervención delictiva, es que estas presuponen un objeto de imputación jurídico-penal, que es precisamente lo primero que en este grupo de casos habría de ponerse en cuestión.

penal. En ese sentido, el aspecto anómalo de esta categoría no solo descansaría en las propiedades deficitarias de la coautoría así configurada, sino todavía más en el hecho de que solamente habría un *coautor*.

En la dogmática de la intervención en el suicidio hay quienes arriban a conclusiones similares a la descrita. Especialmente en casos de doble suicidio (solo intentado por uno; consumado, por el otro), la polémica acerca de una posible *cuasi-coautoría* basada en la existencia de una acción conjunta entre el suicida y un tercero ha sido históricamente profusa en Alemania¹²⁶⁰, debido a la difícil demarcación entre el homicidio a petición (punible conforme el § 216 StGB) y la participación en el suicidio (hasta hace poco tiempo, impune)¹²⁶¹. En España, como se sabe, se regulan diferenciadamente supuestos de inducción y cooperación necesaria no ejecutiva al suicidio (apartados 1 y 2 del artículo 143 CPE, respectivamente), así como de cooperación ejecutiva al suicidio y de eutanasia activa (apartados 3 y 4 del artículo 143 CPE, respectivamente). Entre otras cosas, se debate en la doctrina española si la llamada cooperación ejecutiva al suicidio constituye, efectivamente, una hipótesis (agravada) de cooperación en ese hecho principal (atípico), o si, por el contrario, cabe apreciar en ella una modalidad delictiva más cercana a un homicidio (privilegiado)¹²⁶². Pero esta polémica puede permanecer aquí al margen. En los casos de “*cuasi-coautoría imprudente*” que interesan no entran en conflicto tales tipos penales, pues, a pesar de haber desplegado una acción riesgosa, aquí el coagente lesionado no se ha propuesto disponer de un bien jurídico de su titularidad, ni por propia mano — como instancia de autolesión—, ni por mano ajena —por vía de consentimiento¹²⁶³—,

¹²⁶⁰ Se habla de un homicidio consentido en *cuasi-coautoría*, o bien, de una *causi-coautoría* en el suicidio, dependiendo concretamente del peso de la contribución de la víctima o suicida, según el caso, y, en general, de si esta, con arreglo al criterio más extendido, ostenta o no un dominio del hecho al momento productor de la muerte (*todbringenden Moment*). Al respecto, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., p. 641; SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/134; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/194. Sin embargo, como es evidente, el problema sigue instalado cuando “el peso de los aportes” es equivalente, o cuando entre el tercero y la víctima existe, en términos fácticos, un “dominio compartido” del hecho.

¹²⁶¹ Tras una reforma de 2015, el § 217 StGB criminalizó específicamente la conducta de quien, con la intención de fomentar el suicidio de otro, conforme una actividad comercial —aunque el sentido de la expresión *geschäftsmäßig* ha sido discutido en la dogmática alemana— le proporcione, facilite o conceda la oportunidad para esto. Recientemente este precepto ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán en sentencia de 26 de febrero de 2020 (2 BvR 2347/15).

¹²⁶² Para una visión panorámica de la discusión, CORCOY BIDASOLO, en LA MISMA/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, «Artículo 143», 2015, pp. 519 y ss.

¹²⁶³ La solución del “consentimiento en el riesgo” no puede resolver apropiadamente estos problemas. En primer lugar, ya *de lege lata*, al menos en el CPE, el consentimiento solo tiene eficacia atenuante en las lesiones, de lo que *a fortiori* se sigue, como señala SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, p. 111, que difícilmente podría tener eficacia desincriminante en el homicidio imprudente. Pero existen también otras dificultades. En efecto, la asunción voluntaria de un peligro no tiene por qué anudar la aceptación del resultado, sino que, por el contrario, perfectamente puede ser manifestación de que el titular del bien jurídico confía (aunque sea de manera irracional) en que la actividad peligrosa que emprende (sea solo o con otros) acabará de manera exitosa para él. En ese sentido, como indica CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., pp. 166 y ss., esta solución yace afectada por la “presunción de que la asunción del peligro contiene el resultado”. Por otro lado, debe advertirse que el consentimiento tiene como referencia acciones ajenas; por tanto, recurrir a esta vía dejaría absolutamente oscurecido el hecho de que, al menos en estos

amén de que tales tipos solo pueden ser imputados a dolo. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, lo relevante para los efectos que aquí interesan reside en cierta equivalencia estructural. En efecto, frente a los casos en que el tercero y el suicida (o paciente de homicidio) realizan conjuntamente la acción que causa la muerte de este último, también podría plantearse el interrogante de si, en virtud de dicha acción conjunta, sería desde ya reconocible una coautoría entre ellos; es decir, si esta posibilidad podría calibrarse, a pesar de que luego para uno de ellos el hecho resulte atípico (desde la perspectiva del suicidio) o de que él sea un sujeto inidóneo (desde la perspectiva del homicidio). De responderse a esta pregunta en forma afirmativa —como hacen algunos autores en la doctrina española al considerar teóricamente factible la calidad de “coautor-suicida”—, ello revelaría una determinada comprensión de la coautoría, bajo la cual esta quedaría reducida a la condición de acción conjunta, y, por ende, sería conceptualmente posible incluso en casos en los que solo uno de los coautores quebranta la respectiva norma de comportamiento¹²⁶⁴. Una comprensión semejante a la anterior ha podido permitir que, ante casos en los que un tercero interviene junto con el suicida en la ejecución de la acción que causa su muerte, un sector minoritario de la doctrina alemana aprecie una *cuasi-coautoría* en homicidio a petición, privilegiando así la lectura del suceso desde la perspectiva del coagente no lesionado, en desmedro de la del paciente¹²⁶⁵. Pues bien, la extrapolación de tal argumento a los casos de *cuasi-coautoría* en un hecho imprudente, que son los que aquí interesan, podría conducir a favorecer la lectura del suceso desde la perspectiva del coagente no lesionado, volviéndolo acaso susceptible de redescibir como el emprendimiento de una “heteropuesta en peligro”, materializada en la muerte de otro. Esta conclusión podría alcanzarse, por ejemplo, si se admitiera que existe una relación de coautoría entre dos sujetos que comparten el “dominio del hecho”, aun cuando este hecho, en términos jurídico-penales, revista un significado distinto para ambos¹²⁶⁶.

casos de “*cuasi-coautoría*” imprudente, la acción que causa el resultado pertenece *igualmente* al titular del bien jurídico. De ahí que, por más que existiese una voluntad de disponer de un bien jurídico a partir del comportamiento que se realiza conjuntamente con otro, este rasgo tampoco autorizaría a hacer radicar la relación agencial *exclusivamente* en el titular del bien jurídico, a lo que conduciría, sin embargo, aplicar en este ámbito la idea de que el consentimiento sería un caso especial de autopuesta en peligro, o la de que el consentimiento sería estructuralmente equivalente a la autoría mediata, ya que permitiría imputar al titular del bien jurídico como propia (esto es, como autolesión) la acción realizada por el destinatario de ese consentimiento, pues en el consentimiento, por lo demás, ese destinatario, que contaría como “otro” a través del cual se autolesionaría la víctima, tampoco necesariamente habría de ser un instrumento.

¹²⁶⁴ Para la distinción categorial entre coautoría y acción conjunta, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. III.4.4.

¹²⁶⁵ De modo paradigmático, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 74 y ss., cuyo argumento central puede resumirse como sigue: los elementos típicos se relacionan directamente con la persona del autor, por lo que, si el tipo penal no se realiza en la persona de uno de los intervinientes, no por ello decae la admisión de una coautoría. Herzberg ilustra este punto sosteniendo que dos sujetos podrían ser coautores de daños aun cuando uno de ellos fuese propietario de las cosas destruidas y, por lo tanto, no se le castigue. Si para uno de ellos se trata de una coautoría real o de una *cuasi-coautoría* debiese ser indiferente para el otro.

¹²⁶⁶ Y, en efecto, bajo la vigencia del anterior CPE, a propósito del auxilio ejecutivo al suicidio (antiguo artículo 409 *in fine*), algunos autores consideraban plausible que el suicida mantuviese el dominio del hecho de manera conjunta con el tercero ejecutante. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, p. 240, nota 81, apoyaba la posibilidad de una coautoría, es decir, de una “realización conjunta con dominio

Según la tesis que aquí se mantiene, ni en *Los instructores de autoescuela*, ni en casos de análoga estructura, puede apreciarse una figura modificada de coautoría (*scil. cuasi-coautoría*). La impunidad de *B* descansa en que su intervención se inserta en el emprendimiento conjunto de una acción peligrosa junto con *A* y en que, ya por esa razón, ambas admiten calificarse jurídicamente como una actuación a propio riesgo¹²⁶⁷. Este terreno, como ha sostenido un sector de la doctrina, puede caracterizarse como un “ámbito preferente de la víctima” —en el ejemplo, *A*—, a quien figurativamente se “imputa” el comportamiento peligroso que emprende junto con otro, pero precisamente en reconocimiento de su condición de sujeto autorresponsable¹²⁶⁸. A semejante apreciación no tendría que afectar un factor de “azar moral consecencial” que redunde en que — como en *Los instructores de autoescuela*— sea solamente un participante quien muere; síguese tratándose de la consecuencia causal de una actuación *conjunta* a propio riesgo,

positivo de la acción de matar” entre el suicida y el “coautor no suicida”. Sobre el problema, detenidamente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, pp. 232 y ss. Ahora bien, ya antes SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP* (1987), pp. 456 y 464, había advertido que, bajo la apariencia de un dominio compartido, el suicida y el tercero no dominarían el mismo hecho, sino cada uno el suyo. A partir de esto, correctamente, Silva Sánchez apuntaba que este factor impedía hablar de una coautoría. Sin embargo, agréguese aquí que, para llegar a dicha conclusión, resulta crucial desambiguar la expresión “hecho”, pues, desde un punto de vista estrictamente fáctico, efectivamente, existe una acción conjunta, mientras que lo que falta en estos casos es un quebrantamiento conjunto de la norma (y, con ello, de un mismo hecho *típico*). La relevancia de esta última precisión, para los supuestos que ahora interesan, descansa en que, si se escindiese el nivel fáctico de referencia del comportamiento de dos sujetos que conjuntamente actúan a propio riesgo, solo porque *posteriormente* dicho comportamiento admitiría una calificación jurídica diferenciada, esto abriría paso a la posibilidad de que, así como la ejecución conjunta de la acción productora de la muerte del suicida, dependiendo del punto de vista del que se la mire, ha sido interpretada por algunos autores como el “homicidio de un tercero ejecutado conjuntamente con la víctima”, o bien como un “suicidio ejecutado conjuntamente con un tercero”, esa misma fractura fáctica podría dar lugar a que, entonces, en casos de “*cuasi-coautoría imprudente*” pudiese adoptarse la perspectiva del coagente sobreviviente, calificándose el suceso, para él, como la perpetración de un homicidio imprudente ejecutado conjuntamente con la víctima. Como intentará mostrarse, existen razones para descartar esta opción.

¹²⁶⁷ Prefiere utilizarse aquí la denominación “actuación a propio riesgo”, dado el carácter relativo (mejor: dependiente-a-la-perspectiva) de la distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, y porque, en definitiva, se trata en primera línea de un aspecto que viene decidido por el alcance del principio de autorresponsabilidad, y no por la modalidad de participación. Para una revisión crítica de aquella distinción, véase, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 207 y ss.; OTTO, *AT*, 7ª ed., § 6/62.

¹²⁶⁸ Así, ya NEUMANN, «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“», *JA*, 5 (1987), pp. 247 y s.: “[a]l menos en un ordenamiento liberal, no paternalista, el titular del bien jurídico tiene una *competencia primaria* respecto de su preservación”. (Cursivas del original). Nótese que para Neumann la “imputación” de la lesión del bien jurídico al propio titular es entendida, en sentido estricto, como fundamentadora de responsabilidad, en términos de que ese sujeto “se lesiona de manera imputable a sí mismo”. La consecuencia de ello es que semejante autolesión responsable excluye la punibilidad de otros coagentes (*Mitwirkende*). Por lo anterior, cabría aquí precisar que, aunque la imputación a la víctima sea figurativa, en términos de que propiamente no se le dirige una “imputación jurídico-penal” —para la cual faltaría un objeto de imputación—, no es puramente metafórica en cuanto a lo que genera, dado que se trataría de una “imputación *con un efecto* jurídico-penal”, a saber, el de excluir la competencia de otros sujetos con respecto a ese mismo hecho. Respecto del “ámbito de responsabilidad preferente de la víctima”, véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 278 y ss., y pp. 283 y ss., con un desarrollo detallado de la llamada “imputación a la víctima”.

concretada en la afectación del bien jurídico de solo uno de los participantes. Aquel factor de azar queda teóricamente compensado por el hecho de que, en un mundo alternativo, el suceso podría haber cobrado la vida del otro, la de ambos, la de ninguno o la de un tercero: de haber sido lo primero, la conclusión tendría que ser exactamente idéntica a la que se ofrece para el suceso en el mundo efectivamente configurado, esto es, la exclusión de responsabilidad del coagente sobreviniente; de haber sido lo último, en cambio, ambos tendrían que ser corresponsables por la muerte de un tercero causada conjuntamente. Este modo de proceder ha de aplicarse, *mutatis mutandis*, cuando la actuación a propio riesgo constituye una acción conjunta: los participantes se excluyen recíprocamente de sus respectivos ámbitos de responsabilidad. Que también pueda hablarse aquí de un riesgo *propio* no es más que la consecuencia de que, según se ha insistido, las acciones conjuntas son tan propias como las acciones individuales. Al menos, desde dicho presupuesto general parte todo ordenamiento jurídico que amenaza con idéntica pena a autores individuales y a coautores.

La razón por la cual ha de concederse prioridad analítica al posible reconocimiento de un ámbito excluyente de responsabilidad —esto es, una esfera que implica al o los titulares del bien jurídico de un modo tal que excluye a terceros¹²⁶⁹— frente a la averiguación de las eventuales modalidades de intervención delictiva potencialmente aplicables reside en que, como ya lo sostuviera Neumann, la pregunta acerca del “si” de la respuesta jurídico-penal es previa a la del “cómo” se distribuye dicha responsabilidad entre varios sujetos¹²⁷⁰. Al organizar arriesgadamente su esfera vital, un sujeto puede autorizar que otro u otros ingresen en dicha organización, cuya participación, en términos fenomenológicos, podría revestir las mismas modalidades que fundamentarían sendas instancias de intervención delictiva —realizar conjuntamente una acción, inducir o cooperar a su ejecución—, si se hubiese tratado de comportamientos susceptibles de una

¹²⁶⁹ En ese sentido, la referencia al “titular del bien jurídico”, y no a la “víctima”, evita prejuzgar la posición del sujeto en torno al *menoscabo material* del respectivo objeto de tutela, que no puede ser jurídico-penalmente interpretado como lesión cuando ese menoscabo representa una consecuencia del modo en que ese sujeto organiza su propia esfera de derechos. Por otro lado, el concepto de “víctima” suministra una carga criminológicamente más densa, además de que, en la teoría jurídica del delito, esta se identifica general, pero contingentemente con el sujeto pasivo del hecho delictivo. Acaso estas razones podrían compensar lo poco ahorrativa que es gramaticalmente la expresión “titular del bien jurídico”, aquí preferida.

¹²⁷⁰ NEUMANN, JA (1987), p. 247. Por esto, conviene insistir en que la falta de configuración de una instancia de autoría o de participación no convierte este asunto en un auténtico problema de intervención delictiva, pues ello es una *consecuencia* de que, en un estadio previo de análisis, la imputación de ese hecho se ha radicado en la esfera de responsabilidad del titular del bien jurídico. Sobre este asunto, véase también PEÑARANDA RAMOS, *LH-Luzón Peña*, pp. 895, 900 y ss., quien, aplicando el criterio del “alcance del tipo”, excluye también aquellos casos en que el resultado no puede ser imputado directamente y como obra propia al agente, por ser atribuible inmediatamente a un ámbito de responsabilidad ajeno (en este caso, de la víctima). En cambio, desde otra perspectiva, planteando y resolviendo los casos de actuación a propio riesgo con arreglo a las categorías de la intervención delictiva, véase GIL GIL, *El delito imprudente*, pp. 309, 314 y s.; LUZÓN PEÑA, *ADPCP* (1989), pp. 890 y ss.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 126 y ss.

imputación jurídico-penal¹²⁷¹. Lo que interesa acentuar es que el recurso a tales modalidades —en el contexto del primer nivel de la imputación jurídico-penal, relativo a la capacidad de acción— se encuentra descartado porque, al haberse autorizado tal ingreso por parte del titular del bien jurídico, con ello, a la vez, quedó excluida la potencial imputación a terceros. Desde luego, esta última conclusión dependerá de que el riesgo haya sido conocido por el titular del bien jurídico, que la intervención de terceros se haya desenvuelto bajo los términos en que inicialmente se autorizó, y que no quepa a ellos ningún deber de protección al respecto.

Tomando lo anterior como base, y luego de establecer el objeto por cuya imputación a título de coautoría se interroga, puede confirmarse, de modo adicional, que, tratándose de una “cuasi-coautoría”, tampoco podría configurarse un quebrantamiento conjunto de la norma de comportamiento, por lo que, en efecto, falta una condición necesaria para hablar de coautoría. Tratándose de una potencial realización *conjunta* de un hecho constitutivo de homicidio por parte de dos sujetos, cuenta como presupuesto básico que el “otro” esté constituido por alguien distinto de *ambos*. Eso excluye inmediatamente aquellos casos — como el ejemplificado— en los que uno de los coagentes no puede quebrantar la norma primaria, con lo cual, tampoco puede hacer del otro interviniente un *coautor*¹²⁷². Así, a este último no podría atribuírsele como una unidad *típica* de acción el comportamiento que conjuntamente realiza con alguien que justamente carece de “acceso al tipo”¹²⁷³. Formulado con arreglo a una terminología más extendida, ello equivale a decir: no cabe ninguna imputación recíproca cuando el aporte de uno de los sujetos no admite ser comprendido, por sí mismo, como parte integrante del comportamiento típico¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ Como señala RENZIKOWSKI, *HRRS*, 8-9 (2009), p. 349, la “función de uso” (o el ejercicio) de la esfera de derechos y su “función de exclusión” se comportan como dos caras de la misma moneda; quien autoriza el ingreso de otros en la propia esfera de derechos, a la vez está disponiendo de ella.

¹²⁷² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 552 y ss., quien arriba a conclusiones parcialmente similares a propósito del *Caso de la vespa (Rollerfall)*, en el que cuatro sujetos suben bebidos en una vespa estropeada, a raíz de lo cual se produce un accidente en el que muere uno de ellos. Según Corcoy Bidasolo, a pesar de que “todos han infringido la misma norma de cuidado y creado un único riesgo típicamente relevante (...) al ser la 'víctima' realmente coautora no puede imputarse su muerte a los otros coautores”. Desde otra perspectiva, y a nivel general, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 212 y s., nota 487, sostiene que la contribución de una víctima en términos de *cuasi-coautoría* no puede enmarcarse en el artículo 28 CPE, pues nunca podrá realizar el “hecho”.

¹²⁷³ Algo similar ocurre en los casos de sujeto activo inidóneo —delitos especiales en donde solo uno de los sujetos satisface las calidades personalmente exigidas— y de error en el objeto —por ejemplo, casos de daños o de robo ejecutados conjuntamente por dos o más sujetos, que recaen sobre una cosa perteneciente a uno de los coagentes—, en donde decae también una responsabilidad a título de coautoría, ya que falta un quebrantamiento conjunto de la norma. En el primer caso, la responsabilidad a título de autor directo subsistirá respecto de aquel cuyo comportamiento (sometido a una lectura atómica) satisfaga la acción descrita en el tipo; mientras que, en el segundo de los casos (daños o hurto), si quien realiza el acto de apoderamiento no es el propietario, podría subsistir una responsabilidad a título de autoría directa, siempre que su comportamiento (sometido a una lectura atómica) siga satisfaciendo el respectivo supuesto de hecho.

¹²⁷⁴ Un presupuesto implícito para la imputación recíproca —o, según la terminología aquí patrocinada, de la unidad típica de acción imputable a título de coautoría— es que, aun cuando no sea por sí mismo típico, cada aporte ha de *contribuir* a la configuración de un comportamiento conjuntamente *típico*, por lo que este

En consecuencia, el reconocimiento de la realización de una acción conjunta entre dos sujetos —como ocurre en *Los instructores de autoescuela*— solo establece el nivel fáctico de referencia del suceso, pero no prejuzga la valoración de esa acción conjunta como realización conjunta del “hecho” —en los términos del artículo 28 CPE—, ya que para ello sería necesario identificar en ese sustrato fáctico el quebrantamiento *unitario* de una misma norma de comportamiento. Pero, como se ha visto, el hecho de que uno de los dos sujetos no pueda quebrantar la norma, correlativamente, impide que el que sí puede quebrantarla, lo haga conjuntamente con otro¹²⁷⁵. De ahí que, en contraste con lo que en un ámbito más general sugieren algunos autores, y de lo que subyace específicamente a la pretensión de una *cuasi-coautoría* patrocinada por otros, la posibilidad de un “coautor individual” se encuentra por definición excluida¹²⁷⁶.

Así las cosas, en *Los instructores de autoescuela*, *B* solo podría responder jurídicamente penalmente por la muerte de *A* si esta fuese susceptible de imputársele a título de autoría directa (“realizar por sí solo el hecho”), lo que, a su vez, presupone que su comportamiento, desde una lectura atómica o distributiva del suceso, permita constituir el respectivo objeto de imputación “matar a otro” (o “causar la muerte de otro”). Pues bien, aun cuando el comportamiento discreto de *B* haya contado, ciertamente, como parte necesaria de una condición mínima suficiente para la producción de la muerte de *A*, la posibilidad de imputar esta a *B*, de nuevo, tropieza con el obstáculo de que, incluso bajo

principio —o la unificación de acciones individuales en una sola acción conjunta— no podría tener lugar si uno de los aportes, por sí solo, de todos modos *bajo ninguna circunstancia* habría sido antinormativo. Por su parte, SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/194, también identifican en estos casos un óbice para la aplicación del principio de imputación recíproca de los aportes, pues este presupondría la “punibilidad recíproca” (*wechselseitige Strafbarkeit*) de tales contribuciones al hecho, y, ya por eso no dejaría pautas para abarcar una supuesta *cuasi-coautoría*. En este mismo sentido, KRAATZ, «Die fahrlässige Quasi-Mittäterschaft», *LL.B. - Zeitschrift des Studiengangs Recht-Ius*, 1 (2011), pp. 38 y ss., quien adicionalmente (*ibidem*, p. 36) esgrime el argumento de que el texto literal del § 25 II StGB exige que se trate de un hecho punible para cada coautor. Ahora bien, conviene puntualizar que, en realidad, no se trata de un obstáculo en la norma de sanción, sino que se sitúa antes: en la falta de infracción conjunta de la norma de comportamiento. Por esto, la solución avanzada es enteramente aplicable a ordenamientos como el español o el chileno, que referencian las modalidades de intervención delictiva a un “hecho”, y no a un “hecho punible”. Por otro lado, especialmente frente a la restricción sugerida por Kraatz, cabría advertir que, si bien la coautoría es un criterio que permite imputar hechos amenazados de una sanción penal en la Parte especial, eso no significa que la punibilidad sea un presupuesto del concepto de coautor, sino más bien de la responsabilidad penal de un sujeto por un hecho a título de (co)autor.

¹²⁷⁵ Aunque la llamada “autoría paralela”, a nivel fáctico, también dé cuenta de un “único” suceso, y, sin embargo, tampoco pueda reconocerse en ella una realización conjunta del hecho, la razón es distinta a lo que ocurre en estos casos de *cuasi-coautoría*, pues ya no se trataría de que uno de los sujetos no pueda quebrantar la norma de comportamiento, sino más bien de que existiría una pluralidad de hechos delictivos.

¹²⁷⁶ Así, por ejemplo, FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 25/23, quien habla de una “coautoría aislada” (*isolierte Mittäterschaft*). Obsérvese que lo problemático no es la posibilidad de que los coautores sean castigados por aplicación de normas secundarias distintas, ni incluso que alguno de ellos no lo sea, porque a su respecto no se cumplan determinados presupuestos para su punibilidad. Más bien, el problema reside en la ausencia de un quebrantamiento conjunto de la norma de comportamiento, pues entonces se perdería de vista la especificidad del objeto sobre el cual recae la acción conjunta imputable *qua* coautoría.

una lectura atómica del suceso, el comportamiento de *A* sigue constituyendo una actuación a propio riesgo. Con ello, aunque, bajo los términos del tipo de homicidio, la persona de *A* contase como “otro” en la calificación del comportamiento de *B*, ese “otro” habría actuado a propio riesgo, por lo que el principio de autorresponsabilidad volvería por sus fueros. De otra parte, y al margen de lo anterior, si se fracturase el sustrato fáctico —y, por ende, se omitiera el hecho de que, antes de que se produjese la muerte de uno de ellos, lo emprendido por *A* y *B* representaba una actuación conjunta a propio riesgo—, considerándose así el comportamiento de *B* como uno retrospectivamente antinormativo, por haber co-causado la muerte de otro, entonces, también el comportamiento de *A* tendría que ser sometido a esa redescrición, dado que seguiría tratándose de una acción conjunta, y dado que en el momento inicial se desconoce cuál de ambos habría de resultar muerto. Formulado con otras palabras: si se rompe el nivel fáctico de referencia para considerar antinormativo el comportamiento de *B*, se perdería también el mismo nivel que permite afirmar que *A*, en tanto que titular del bien jurídico lesionado, no podría haber cargado responsabilidad penal alguna por ese hecho. Por esto, de llegar a tenerse por factible que uno de los coagentes figurase a la vez como paciente (“otro”, en el sentido del tipo de homicidio), habría que asumir, de forma correlativa, la consecuencia contraintuitiva de que también revestiría la condición de sujeto activo del hecho realizado y padecido por él, cuandoquiera que la responsabilidad penal no se encontrase extinguida a su respecto (v. gr., si, en lugar de morir, el instructor *A* solo hubiese padecido lesiones).

Ante la eventual objeción de que, en el contexto de un ordenamiento en el que se castiga al cooperador ejecutivo en un suicidio y en el que, a su vez, el consentimiento no tiene eficacia desincriminante alguna en el homicidio, acaso sería igualmente contraintuitivo sostener la impunidad de quien, en “*cuasi-coautoría*” con el titular del bien jurídico, realiza conjuntamente un homicidio imprudente, cabría replicar del modo en que sigue. Los tipos de inducción y de cooperación en el suicidio cumplen la función de crear un ámbito propio de responsabilidad para tales “partícipes”, de manera que, desde ya, queda excluida a su respecto la posibilidad de invocar como defensa la de haber intervenido autorizadamente en la esfera de auto-organización de un tercero. Así pues, dichos actos de participación (y, en su caso, de co-ejecución) en un acto principal atípico constituyen *de lege lata* un comportamiento autónomamente antinormativo, sobre la premisa de que el suicidio es un acto personalísimo, por lo que la intervención de terceros cargaría con una marca propia de ilicitud. No existe, en cambio, una norma jurídico-penalmente reforzada dirigida a quien interviene, también de manera autorizada, en la esfera de auto-organización de un tercero que no pretende disponer de su vida, sino solo emprender una actividad riesgosa para esta (lo que, como el suicidio, es también una acción atípica). Justamente por esta razón, tales casos tampoco podrían ser resueltos satisfactoriamente con arreglo a la solución (no desincriminante) que ofrece el consentimiento para el delito de homicidio: el que acaba de tematizarse no representa un problema de consentimiento,

ya que tanto el coagente lesionado, como el no afectado, generalmente emprenden una actividad riesgosa bajo la confianza (aunque sea irracional) de que ninguno de ellos, en definitiva, acabaría padeciendo un menoscabo en su esfera de bienes jurídicos. Ergo, no existe propiamente “disposición” de alguno de ellos. Por lo demás, como también fuese señalado, la invocación del consentimiento, siempre referido a acciones de terceros (y, por ende, ajenas), pasaría completamente por alto la arquitectura de tales casos de “*cuasi-coautoría*”, cuyo sustrato fáctico precisamente quedaba caracterizado por la existencia de una acción conjunta (y, por ende, propia) entre los intervinientes.

2. Inevitabilidad conjunta en la realización del hecho: sobre la exclusión de coautoría en un injusto doloso como presupuesto

Habiendo sido realizado el hecho conjuntamente por dos o más sujetos, la eventual imputación de un injusto imprudente a título de coautoría presupone que estos, al momento de dicha realización, no hayan ejercido las capacidades físicas y/o epistémicas necesarias para evitar llevarla a cabo.

Como se ha sostenido ya en esta investigación, la relación de heterogeneidad que media entre dolo e imprudencia descansa en la distinta clase de evitabilidad que fundamentan ambos criterios, como consecuencia de los distintos objetos sobre los cuales recaen: mientras el dolo constituye un criterio de evitabilidad primaria que se fundamenta en la capacidad de uno o más sujetos para evitar actualmente la ejecución de una acción que eventualmente satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo de delito, la imprudencia, en cambio, se desempeña como un criterio de evitabilidad secundaria basado en la falta de adopción de una exigencia de cuidado que habría permitido a tal o a tales sujetos conservar o asegurar sus respectivas capacidades de evitación. Debido a lo anterior, la imprudencia no solamente se presenta como una categoría adscriptiva heterogénea frente al dolo, sino también (eventualmente) subsidiaria, esto es, como un criterio de *imputación extraordinaria*¹²⁷⁷.

Desde luego, el itinerario constructivo enunciado se contrapone en importante medida con el modo de razonar de la doctrina probablemente hoy preponderante —pero que no siempre asume una defensa explícita de la relación *plus-minus* entre dolo e imprudencia sobre la que se sustenta—, como también con la mayoría de modelos teóricos favorables a una coautoría en el injusto imprudente, en los que, con arreglo a esa misma comprensión

¹²⁷⁷ Sobre la relación de heterogeneidad y subsidiariedad entre dolo e imprudencia, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 93; MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 15 y ss. Respecto de las distintas formas de evitabilidad que fundamentan dolo e imprudencia (y de los distintos objetos a los que se encuentran referidos), detenidamente, VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), pp. 329 y ss. Sobre ambos asuntos, con mayor detención, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.

dominante, según se ha visto, tiende a suponerse que la base que mancomuna a ambas categorías residiría en la “cognoscibilidad” de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de modo que la representación concreta de ese riesgo en el resultado constituiría (nada más que) la marca añadida fundante de dolo.

Al menos dos concreciones de la tesis aquí defendida hacen necesario apartarse de ese modo de proceder. En primer lugar, aquella comprensión del problema pasa por alto que la cognoscibilidad, como “posibilidad de conocimiento”, solo es una manera de designar, con términos normativos, la evitabilidad secundaria atribuible al agente imprudente, cuando ella, sin embargo, en nada altera la posición epistémica que afecta a dicho sujeto, estatus determinado por la creencia errónea de que su comportamiento no ejemplificaría el supuesto de hecho de un tipo delictivo. En segundo lugar, y en lo que resulta inmediatamente aplicable a las constelaciones que aquí interesan, puesto que el objeto de una imputación jurídico-penal está constituido por la realización de un tipo delictivo (o su tentativa), el análisis acerca de las capacidades de los sujetos en cuestión ha de iniciarse por referencia directa a la evitación de *ese* comportamiento. Si estos sujetos actualmente disponen de las capacidades físicas y cognitivas generadoras de la oportunidad para abstenerse de realizarlo, entonces devendría en pragmáticamente irrelevante el ejercicio de interrogarse si, además, tales sujetos se han preocupado previamente de conservar o asegurar dichas capacidades. La infracción de una exigencia de cuidado no desempeña ninguna función adscriptiva cuando el déficit de capacidades que procuran impedir, pese a dicha falta prestación, no se ha configurado. Por esa razón, sería intrascendente para una potencial imputación a dolo que, por ejemplo, en *El caso de la viga*, la pareja de operarios no hubiese tomado precauciones tales como confirmar si alguien transita por la calle, emplear los medios necesarios para trasladar la viga bajo condiciones seguras, pedir instrucciones a un tercero, etc., si, de todos modos, ellos creyeron (en términos de haber previsto) en un grado decisivamente determinante para su acción que, en efecto, al arrojar la viga impactarían a un transeúnte. Pues entonces las exigencias de cuidado que han dejado de adoptar, de todos modos, serían estériles en términos adscriptivos, dadas las condiciones para una imputación a dolo.

Ciertamente, todo supuesto de coautoría en el injusto imprudente envuelve un “fallo colectivo” (*kollektive Fehlleistung*) entre dos o más sujetos¹²⁷⁸. Las consideraciones preliminares recién ofrecidas, sin embargo, podrían contribuir a advertir que la alternativa teórica de reducir sin más esta estructura de imputación a semejante formulación, por el contrario, resultaría forzosamente inexacta. En contraste con planteamientos que parecen identificar exclusivamente en dicho fallo colectivo su rasgo definitorio, la constatación

¹²⁷⁸ Para las opiniones favorables a esta formulación del problema véase *supra* Cap. Sexto, apdo. IV.2.1.

de tal déficit compartido en la realización del tipo solo representa uno de sus presupuestos para su elaboración conceptual. Recuérdese que al autor en un injusto imprudente se imputa (extraordinariamente) un comportamiento antinormativo no “a causa”, sino “a pesar” del error que padece. Por ello, junto con lo anterior, todavía quedará por afirmar si acaso, pese al carácter inevitable de la realización típica, existe una instancia de comportamiento conjunto con cargo a la cual quede positivamente fundamentada al menos una capacidad de evitabilidad secundaria en tales sujetos. Sobre este segundo requisito, sin embargo, se incidirá con detalle en el siguiente apartado.

Pues bien, a nivel de capacidad de acción, la imputación ordinaria de un hecho a varios sujetos puede quedar excluida por la presencia de un déficit de responsabilidad, explicable a partir de una *falta de ejercicio* o a una *privación circunstancial* de sus capacidades epistémicas o bien físicas, por lo que la realización del tipo, en ese preciso momento, deviene en un suceso inevitable para ellos¹²⁷⁹. La respectiva norma de comportamiento no puede fundamentar un deber si tales sujetos no advierten que el comportamiento que realizan probablemente será instancia de la clase de acción prohibida en dicha norma. En ese caso, en que deviene afectada la premisa menor de un silogismo práctico cuya conclusión tendría que haberse reflejado en la necesidad práctica de omitir esa acción, el defecto de responsabilidad se funda en un fallo epistémico. Sin embargo, también podría ser que tales sujetos, a pesar de no ver comprometida su capacidad para formarse la intención de seguir la respectiva norma, carezcan, sin embargo, de la capacidad física necesaria para realizar semejante intención¹²⁸⁰. Dado que de manera frecuente los déficits que comprometen situacionalmente la capacidad física de evitación en uno o más sujetos pueden reconducirse a un déficit epistémico previo, que explica la ulterior pérdida o merma de tal control físico, aquí la atención se cifrará fundamentalmente en la esfera epistémica, sin perjuicio de retornar a la inevitabilidad física al acabar este subapartado.

Según se anticipó, una primera clase de déficit puede identificarse en coagentes que tienen razones epistémicas aparentes que los conducen a la creencia errónea de que, el comportamiento conjunto que despliegan o se proponen desplegar, no ejemplificará el supuesto de hecho de un tipo delictivo. Estos casos, en donde los sujetos no establecen

¹²⁷⁹ Acerca del carácter intencionalmente inevitable de la realización del tipo como presupuesto para su eventual imputación a título de imprudencia, véase también MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 17 y s.

¹²⁸⁰ A partir del modelo del silogismo práctico, desarrolla y ejemplifica ambas posibilidades, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 23 y ss., especialmente p. 25, nota 32, en donde trabaja la capacidad física por parte del destinatario de la norma para omitir la acción prohibida, o ejecutar la acción requerida, como un presupuesto implícito en la presentación del silogismo en cuya conclusión aparece esa acción que concretamente debe omitir o debe ejecutar. Sobre la capacidad física como presupuesto de la imputación de primer nivel, como implicación de la adopción del modelo del silogismo práctico, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 50 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 70 y ss. En el mismo sentido, VALIENTE IVÁÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis doctoral inédita), p. 358. Véase también *supra* Cap. Primero, apdo. III.

apropiadamente la conexión nomológica entre el comportamiento que conjuntamente ejecutan y las consecuencias causales que se derivarán de él, y que, a nivel general, suelen tematizarse como instancias paradigmáticas de error de tipo evitable, probablemente representan el déficit epistémico por excelencia de entre aquellos que privan a los sujetos de sus capacidades actuales de evitación. Pero es posible imaginar, asimismo, supuestos en los que, aun cuando los sujetos se han representado la realización típica como una consecuencia altamente probable a seguir de su comportamiento conjunto, sin embargo, crean erróneamente que carecen de las capacidades físicas necesarias para evitar su realización. En cualquiera de ambos casos, por mor del déficit epistémico que padecen los sujetos, no es razonable abrazar la expectativa de que ellos se formarían la intención de evitar el quebrantamiento de la respectiva norma de comportamiento, ya que, en virtud de la prioridad explicativa que en términos de razonamiento práctico exhiben las creencias sobre las intenciones, alguien solo puede (racionalmente) formarse la intención de ejecutar o abstenerse de ejecutar x , si en ese momento se ve posicionado situacionalmente en condiciones de ejecutar o abstenerse de ejecutar x ¹²⁸¹. Debido a lo anterior, si, por un lado, el comportamiento conjunto de los coautores en una infracción de deber dolosa cabe ser descrito como una prestación deontológica, mas no epistémicamente deficitaria, tratándose de coautores en un injusto imprudente, en cambio, podría afirmarse, como hipótesis, que su comportamiento es deontológicamente deficitario, aunque (generalmente) *explicable* con cargo a un déficit epistémico.

Pero la posibilidad de un *déficit epistémico compartido* no es en absoluto algo que pueda tenerse por auto-evidente. De hecho, como fuese abordado en el capítulo anterior, una de las objeciones enarboladas contra la plausibilidad de la coautoría imprudente es que “cada uno erra por sí mismo”¹²⁸². En ese momento, sin embargo, ya se anticipó que esto no excluye que un sujeto pueda errar conjuntamente con otros. Pues bien, para ello, resulta indispensable constatar si, de cara a la posibilidad de realizar las circunstancias fácticas de un tipo, las actitudes proposicionales abrazadas por los coagentes son (o no) consistentes en contenido y en el modo en que se tienen por estos¹²⁸³. De tal manera, para que el déficit epistémico padecido por dos o más sujetos sea efectivamente compartido, es necesario que el desconocimiento que cada uno padece con respecto a la satisfacción de las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo (contenido mínimo a

¹²⁸¹ Ello hace posible no solamente albergar deseos, sino formarse intenciones (de realizar algo) a partir de creencias. Sobre la prioridad explicativa que exhiben los compromisos cognitivos respecto de los prácticos, BRANDON, *Making it Explicit*, p. 233; acerca del “principio de consistencia”, como requerimiento (cognitivista) de racionalidad práctica, según el cual no es racionalmente permisible tener intenciones que son a la vez inconsistentes con las creencias propias, véase ROSS, «How to be a Cognitivist about Practical Reason», *Oxford Studies in Metaethics*, 4 (2009), pp. 244 y ss.

¹²⁸² Para una exposición y réplica de esta crítica, *supra* Cap. Sexto, apdo. II.6.

¹²⁸³ Respecto de la diferencia entre contenido, actitud y modo de un estado intencional, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. I.2.1., con especial énfasis en la falta de necesidad de recurrir a un sujeto ontológico global.

compartir) se predique de un comportamiento que es reconocido, por parte de ellos, como uno ejecutado de manera conjunta (aplicación de un “*modo-actitudinal-nosotros*”). No se precisa que las razones que han conducido a los sujetos a padecer dicho error sean las mismas, ni que este haya sido causado o determinado por un compañero¹²⁸⁴, ni tampoco que coincida el mundo alternativo que se habría configurado si tales creencias hubiesen sido verdaderas; sí es imprescindible, sin embargo, que el error relativo a la falta de realización del tipo no se extienda al carácter conjunto de dicha actuación. Esta diferenciación —que, en definitiva, es la que sustenta la plausibilidad de un déficit epistémico compartido— indica que las condiciones de las cuales depende el *carácter verdadero* de la creencia que se comparte con otro u otros (el contenido del estado intencional) no afectan al estatus de verdadero del *carácter compartido* (del modo actitudinal del estado intencional) de esa misma creencia¹²⁸⁵.

La coautoría en una tentativa de delito permite confirmar este aserto. En efecto, se trata allí de coagentes que, compartiendo la creencia de que inician la ejecución de una acción conjunta que satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo que, sin embargo, y falseando dicha creencia, no se consuma. Ahora bien, puesto que un hecho imputable a imprudencia requiere estar consumado, y dado también que en la tentativa de delito el o los agentes creen que con su comportamiento sí han dado al menos principio de ejecución a una instancia de realización típica, tanto el objeto de referencia como el contenido de los estados cognitivos que comparten los coautores en una tentativa de delito son distintos a los compartidos por potenciales coautores en un injusto imprudente. Pero justamente este parangón permite mostrar que el carácter verdadero o falso de la creencia tenida por varios coagentes en nada altera el “modo actitudinal nosotros” en que ese estado cognitivo es tenido por ellos; y puesto que, en definitiva, dicho modo actitudinal se cumple en ambos casos —en la tentativa de delito y en el injusto imprudente—, es factible que los respectivos objetos de imputación sean adscritos a título de coautoría.

La relevancia de esta precisión es que permite vincular los estados cognitivos de los coagentes, a la vez que los independiza de la verdad o falsedad de la creencia que comparten. Dicho vínculo, como se ha sugerido, se obtiene a partir del carácter interactivo

¹²⁸⁴ Sin perjuicio de que dentro de dinámicas grupales (como la empresarial) puedan generarse ciertos sesgos cognitivos. Siguiendo en esto último el análisis de SILVA SÁNCHEZ/VARELA, «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 276 y ss., cabría especialmente destacar, por un lado, el “sesgo de conformidad” (tendencia a mostrarse conforme con la opinión de la mayoría o del grupo), y, por el otro, la “obediencia a la autoridad” (sea porque un sujeto cree que lo que realiza es correcto, ya que el superior se lo indica, sea porque supone que una eventual responsabilidad únicamente recaería en este último).

¹²⁸⁵ Sobre la independencia de la verdad de una creencia compartida respecto de la verdad del objeto intencional sobre el cual recae dicho estado cognitivo, fundamental, BROWN, «Intersubjective Belief», *Episteme*, 16 (2019), pp. 142 y ss. A pesar de que esta autora favorezca el concepto de creencia intersubjetiva, en desmedro del de creencia interactiva, aquí acogido, esa diferenciación no afecta al aspecto que ha interesado puntualizar en el texto.

que necesitan exhibir los estados cognitivos poseídos por quienes participan en una relación agencial compartida, rasgo que asegura un escenario comunicativo apropiado entre ellos¹²⁸⁶. Al margen del carácter verdadero o falso de la creencia que comparten los (en tal medida) coagentes, sus estados cognitivos se encuentran interconectados en términos de que cada uno ha de incluir en el propio una referencia al comportamiento y, genéricamente, al estado cognitivo del otro. De este modo, los recién descritos representan contextos de ignorancia o creencias erróneas compartidas, aquí entendidos como característicos de una de las fuentes de inevitabilidad por excelencia que, al momento de realizar el tipo, pueden padecer los potenciales coautores en un injusto imprudente¹²⁸⁷. Tales supuestos de déficit compartido se dejan entender mejor en contraposición con contextos de ignorancia o creencias erróneas *meramente agregadas*, en donde, por no hallarse interconectados los estados cognitivos de los agentes involucrados, el déficit epistémico que cada uno de ellos exhibe, como el comportamiento al que dicho déficit da lugar, se explican de manera independiente unos de otros, por lo que, cumpliéndose las condiciones restantes, solo podrían redundar en una pluralidad de autorías individuales imprudentes¹²⁸⁸.

¹²⁸⁶ Acerca de la noción de “creencia interactiva” como presupuesto de intersubjetividad práctica, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.1. Recuérdese, por otro lado, que para que las creencias que tienen dos o más sujetos sean interactivas, no se precisa que, además de estar interconectadas entre sí, sean también interdependientes. Tratándose de dos o más creencias erróneas, esto significa que no es necesario que cada uno de los sujetos crea erróneamente “que *p*”, a causa de que el otro o los otros creen “que *p*”, con tal de que cada uno, en su propio estado cognitivo, al menos a nivel general, incluya una referencia al de los demás. Al respecto, en detalle, MILLER, “Ignorance, Technology, and Collective Responsibility”, en PEELS (ed.), *Perspectives on Ignorance from Moral and Social Philosophy*, pp. 221 y ss. Según se registró en su oportunidad, el despliegue de cada “parte de una acción conjunta” puede depender del despliegue de las otras (y así, ser entre todas interdependientes), pero ello solo confirma que el emprendimiento de una acción conjunta opera como una razón para la acción en cada coagente.

¹²⁸⁷ Obsérvese que, en tales escenarios, los compromisos doxásticos de los coagentes son convergentes en cuanto a una falta de correspondencia entre sus creencias (representacionales o latentes) y las circunstancias fácticas efectivamente existentes, pues, de manera contraria a lo que aquellos sujetos suponen, tales circunstancias sí satisfacen o satisfarán el supuesto de hecho descrito en un tipo delictivo. En tal sentido, se trata de un *error extensional* (o de referencia), que no precisa que los estados cognitivos de los coagentes, además, sean positivamente convergentes —es decir, que la realidad erróneamente representada por estos sea la misma—, con lo cual, si bien no la referencia, *el origen* del error de tipo (vencible) padecido por dos o más sujetos que actúan de manera conjunta perfectamente podría ser distinto. En cambio, si el error que uno de ellos padece no está referido al comportamiento ejecutado, sino a su significado (esto es, un *error intensional*), entonces sí se vería frustrado el reconocimiento de una acción conjunta con otro sujeto cuya dirección de ajuste “mente-a-mundo” es cualitativamente distinta a la suya. Esto es lo que ocurre, según se verá más adelante, en casos que, para un sector doctrinal, constituirían supuestos de “coautoría mixta”.

¹²⁸⁸ Para el contraste entre “conocimiento colectivo” y “conocimiento agregado”, así como entre “ignorancia colectiva” e “ignorancia agregada”, en detalle, MILLER, en PEELS (ed.), *Perspectives on Ignorance*, pp. 219 y ss. Centrado el análisis a la ignorancia, que es lo que aquí interesa, podría ser que, por ejemplo, *A*, *B* y *C* no se representen de modo alguno (ignorancia no doxástica) o bien crean erróneamente (ignorancia doxástica) que un determinado suceso no tendrá lugar, en cuyo caso, lo que determina que se trate de una ignorancia colectiva o bien, por el contrario, de una ignorancia agregada, es si existe o no alguna conexión entre los estados cognitivos de tales sujetos, al menos, por la vía de abrazar lo que aquí se ha trabajado bajo el rótulo “*modo- actitudinal-nosotros*”. En todo caso, la posibilidad de que varios sujetos compartan una posición epistémica de ignorancia frente a un mismo suceso no es absoluto desconocida para el Derecho, como lo muestra la institución *iusprivatista* del “error común” (como caso de “ignorancia agregada”).

Ahora bien, lo sostenido hasta el momento podría suscitar el interrogante de si acaso quienes realizan conjuntamente un tipo delictivo, pero padeciendo un déficit epistémico que les impide anticiparlo o advertirlo, realmente realizan *ese* hecho, y no, en cambio, solo aquello que bajo su representación cuenta como actuación conjunta. Esta cuestión, que fuese ya esbozada a propósito de una de las críticas a la posibilidad de una coautoría imprudente, necesita volver a examinarse con toda seriedad, pues, de ser correcta semejante conjetura, la presencia de un déficit epistémico haría (nada más, ni nada menos que) decaer el presupuesto constituido por la realización conjunta del *hecho*, y, con ello, improcedente la coautoría en un injusto imprudente¹²⁸⁹. Como fuese enunciado entonces, este problema se presenta como una especificación de un argumento general conocido como “individuación de acciones”¹²⁹⁰.

Especialmente una vez que se adopta la premisa según la cual un suceso constituye una acción solo en la medida en que ha sido ejecutado en forma intencional, surge inmediatamente la pregunta acerca de cuántas acciones despliega un sujeto cuyo comportamiento ejecutado intencionalmente es susceptible de varias descripciones, así como la disyuntiva subsecuente de si acaso un comportamiento exhibe o no el estatus de acción bajo descripciones alternativas en las cuales este mismo comportamiento ya no habría sido ejecutado intencionalmente. Solo esta última es la pregunta que aquí interesa. Para esto, con Brandom, se vuelve útil distinguir: que un suceso sea una *acción* es una propiedad *extensional* de ese suceso (tal propiedad no es sensible a cómo el suceso es especificado); mientras que un suceso sea *intencional* es una propiedad *intensional* de ese suceso (tal propiedad sí resulta sensible a cómo se describe el suceso)¹²⁹¹. De esta manera, en la medida en que bajo algunas de sus (eventualmente múltiples) descripciones resulte verdadero afirmar que un mismo comportamiento ha sido ejecutado intencionalmente, este comportamiento también será constitutivo de *la misma acción* a lo largo de todas las demás descripciones bajo las cuales, sin embargo, no fue ejecutado intencionalmente.

Por de pronto, el punto puede ilustrarse del siguiente modo: “Edipo se casa con Yocasta” y “Edipo se casa con su madre” son descripciones que no especifican dos acciones distintas que hubiesen tenido lugar en el mundo, sino una y la misma acción, aunque solo

¹²⁸⁹ Cfr. *supra* Cap. Sexto, apdo. II.7.

¹²⁹⁰ Tal argumento fue esbozado previamente, pero en otro contexto y con un objetivo distinto: caracterizar a la imprudencia como capacidad secundaria de evitación intencional. Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. II.1.

¹²⁹¹ BRANDOM, *Making it Explicit*, pp. 253 y ss., especialmente p. 255: “[I]a propiedad extensional de un comportamiento de ser una acción es definida en términos de la propiedad intensional de un comportamiento de ser intencional por cuantificación existencial sobre descripciones o especificaciones del comportamiento: si este es intencional bajo cualquiera de ellas, es una acción *bajo todas ellas*”. (Cursivas añadidas). En la teoría penal, defendiendo la tesis de “grano grueso” o “extensionalista” en la individuación de acciones, véase MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), pp. 680-682; MOORE, *Act and Crime*, pp. 280 y ss.

bajo la primera de esas descripciones ha sido ejecutada intencionalmente por Edipo. A partir de esa diferencia intencional se obtiene la diferencia intensional (esto es, la diferencia de sentido) entre dos descripciones a partir de las cuales puede especificarse un mismo hecho¹²⁹².

Lo anterior tiene inmediata repercusión para el grupo de constelaciones que aquí interesan, ya que, en la mayoría de estas, el comportamiento que conjuntamente realizan dos o más sujetos, pese a no ser intencional bajo la descripción de la clase de acción especificada en un tipo delictivo, sí lo es bajo otra u otras descripciones alternativas verdaderas de ese mismo comportamiento. En efecto, en casos candidatos a configurar una coautoría en un hecho imprudente, los comportamientos no son intencionales bajo la descripción del respectivo tipo, porque este especifica una clase de acción cuyo resultado no se han propuesto (ni han podido proponerse) causar los coagentes, debido a que, a su vez, no han incluido ese resultado dentro del elenco de consecuencias causales que, con una probabilidad *decisoriamente* relevante, podría haberse seguido del comportamiento que ejecutaban¹²⁹³. Pero —como se ha insistido— la circunstancia de que, bajo la descripción del tipo de delito respectivo, el comportamiento que conjuntamente ejecutan los potenciales coautores no pueda ser evitado por estos de manera intencional, desde luego, no altera el dato de que *ese mismo* comportamiento (en la medida en que causa un determinado resultado) sigue ejemplificando la respectiva clase de acción prohibida. Así, volviendo al *Caso de la viga*, la acción que conjuntamente realizan dos operarios, consistente en arrojar una viga desde la azotea de un edificio, es la misma que condiciona la producción de la muerte de un transeúnte, pues, aun cuando no lo hayan matado intencionalmente —y, por ende, aun cuando no hayan podido evitar intencionalmente la producción de su muerte—, sí han ejecutado de manera intencional la acción que causó dicho resultado. Con otras palabras, los operarios no matan intencionalmente a otro, pero sí ejecutan intencionalmente la acción que causa la muerte de otro¹²⁹⁴. En síntesis, formulado ahora en palabras de von Wright: “[d]ebe distinguirse entre la actuación intencional y la intención de hacer algo en particular. Todo aquello que intentamos hacer

¹²⁹² Así, VENDLER, «Causal Relations», *Journal of Philosophy*, 64 (1967), p. 711.

¹²⁹³ Como se sugirió en la *Primera parte* de esta investigación, es posible que uno o varios agentes imprudentes asocien a su comportamiento cierta probabilidad de llegar a satisfacer la descripción de una clase de acción prohibida; sin embargo, ya que la noción de probabilidad que interesa para efectos de una imputación a dolo no es de índole numérica o estadística, sino que práctica, lo esencial es que, desde la perspectiva de el o los agentes imprudentes, se haya formulado un juicio asertórico que, “todas las cosas consideradas”, se reduzca a *tener por verdadero* que su comportamiento, en definitiva, no satisfaría dicha descripción. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3.

¹²⁹⁴ Aunque ya se ha insistido en esto, que se desprende del carácter de criterio de imputación extraordinaria de la imprudencia, conviene explicitar que, en cambio, *no* es la misma acción aquella con arreglo a la cual los operarios tendrían que haber adoptado las medidas precautorias necesarias para evitar situarse en un ulterior estado de incapacidad conjunta. Pues “arrojar una viga a la acera” y “causar la muerte de un transeúnte” son descripciones de una (misma) acción principal; en cambio, aquello que tendrían que haber desplegado los operarios para asegurar sus capacidades de evitación corresponde a una acción auxiliar.

y hacemos realmente, lo hacemos intencionalmente. Pero no cabe decir que intentemos hacer todo lo que hacemos intencionalmente”¹²⁹⁵.

Naturalmente, frente a lo anterior todavía podría objetarse que la evidente diferencia intensional que media entre “arrojar una viga” y “causar la muerte de otro” hace contraintuitivo defender que, a pesar de ello, siga tratándose de una misma acción¹²⁹⁶. Sin embargo, precisamente por esto es crucial subrayar que la identidad *numérica* de acciones advertida en este género de casos no opera a nivel de “clases de acciones” (*act-types*) — en tal virtud, sí que es evidente que entre las clases de acción “arrojar una viga” y “matar a otro” no existe identidad *cualitativa*, ya que son intensionalmente distintas—, sino entre “instancias de acción” (*act-tokens*), esto es, comportamientos concretos que podrían satisfacer la descripción de eventualmente varias clases de acción a la vez¹²⁹⁷. Así, en el *Caso de la viga*, “arrojar una viga (que causa la muerte de otro)” y “causar la muerte de otro (por la vía de arrojar una viga)” resultan descripciones coextensivas, ya que en *este* supuesto —es decir, de manera contingente: porque no siempre que se arroja una viga se mata a otro— son formas de denotar un mismo comportamiento.

Como se ha visto hasta el momento, la realización conjunta de un tipo delictivo puede resultar inevitable para dos o más sujetos, desde ya, si estos ignoran que su comportamiento ejemplificará el supuesto de hecho descrito en aquel tipo. No obstante, la capacidad efectiva con arreglo a la cual dos o más sujetos podrían haber evitado intencionalmente la realización de una determinada acción depende también de un componente físico¹²⁹⁸. Por esto, son igualmente concebibles escenarios en los que, aun cuando los sujetos en cuestión hayan advertido que su acción u omisión conjunta ejemplificará la clase de acción proscrita (en una norma de prohibición) o prescrita (en una norma de requerimiento o de mandato), carezcan, sin embargo, del control físico

¹²⁹⁵ VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, p. 114. Al respecto, véase también GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y norma en G. H. von Wright*, pp. 99 y s.; en este trabajo, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3., con referencias adicionales.

¹²⁹⁶ Según lo postulado a propósito de una comparación entre las prohibiciones “matar a otro” y “causar la muerte de otro”, el empleo de un verbo de acción (como matar) puede ser entendido como una referencia a la diferencia intensional entre ambas clases de comportamientos; y, sin embargo, desde un punto de vista causal, ambas descripciones siguen siendo coextensivas. Al respecto, *supra* Cap. Cuarto, apdo. I.2.

¹²⁹⁷ Por ejemplo, mi comportamiento en este momento satisface tanto la descripción “utilizar un ordenador”, como la descripción “escribir una tesis doctoral”. No todo comportamiento que satisface la descripción “utilizar el ordenador” es al mismo tiempo instanciación de la clase de acción “escribir una tesis doctoral”, pero, en este caso, sí. Este argumento, que tiene por objeto evitar que una misma acción se duplique (o multiplique, si continúan añadiendo descripciones de ella), como se ha señalado en otro pasaje de esta investigación, se conoce, desde Feinberg, como el “efecto acordeón” que opera sobre el conjunto de descripciones que pueden predicarse verdaderamente de una misma acción. Al respecto, DAVIDSON, *Essays on Actions and Events*, pp. 53 y ss. En la dogmática jurídica, GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, 2ª ed., pp. 38 y s.; MAÑALICH, *Doxa*, 35 (2012), pp. 679 y s.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Acción y delito* (original inédito), p. 19.

¹²⁹⁸ Sobre el carácter complejo (por incluir tanto un componente cognitivo como otro físico) de la capacidad intencional de evitación, con más detalle, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3.

necesario para abstenerse de ejecutar la respectiva acción prohibida o de las aptitudes físicas necesarias para desplegar la respectiva acción requerida. Es relevante reconocer la independencia de esta fuente de inevitabilidad, pues, a pesar de que ella sea reconducible a un déficit epistémico previo, puede ser que este ya no exista al momento de realizarse el tipo —por ejemplo, si los sujetos ya han reconocido por entonces un déficit en sus capacidades físicas—, o que, incluso si subsistiese, no sea aquel que explica por qué, en ese preciso instante, el o los sujetos no han podido evitar su realización.

De esa forma, en este otro grupo de casos, la incapacidad física de evitación que, al momento de realizar el tipo delictivo, afecta a tales sujetos —del mismo modo que los déficits epistémicos antes referidos— también obsta a la imputación ordinaria de ese hecho a título de dolo. De no efectuarse dicha exclusión (provisional) de la imputación subjetiva, se infringiría el principio *ultra posse nemo obligatur*. Naturalmente, con ello no precluye la posibilidad de que, también en estos casos, los sujetos sean responsables del déficit de imputación que sufren, de modo tal que, a su respecto, se deje fundamentar igualmente una forma de evitabilidad secundaria. Según se anticipó, esto ocurre cuando, en un momento previo, los sujetos podrían haber aplicado una medida de cuidado cuyo cumplimiento hubiese neutralizado o impedido el surgimiento del ulterior estado de incapacidad física bajo el cual realizan el tipo. Esta incapacidad física de evitación conjunta será analizada con más detalle a propósito de la posibilidad de una coautoría por omisión. Pero, de momento, considérese otra vez un ejemplo previo:

Los instructores de autoescuela (variante). Al acabar la cena de fin de año en la Autoescuela X, los instructores A y B acuerdan dar un paseo por la ciudad en uno de los vehículos de la autoescuela, a pesar de que ambos saben que otros instructores han tenido algunas dificultades anteriormente con ese automóvil y que, por ello, sería próximamente enviado a un taller mecánico. Mientras A maniobra el volante del vehículo, B controla los pedales y la palanca de cambios. Apenas avanzadas un par de calles, B advierte una falla en el pedal de freno, debido a lo cual, anticipan que, en la siguiente intersección, no podrán obedecer la luz roja del semáforo, producto de lo que finalmente ambos atropellan al transeúnte C, causando su muerte.

En la variante de *Los instructores de autoescuela*, al momento de realizar el tipo de homicidio, por la vía de atropellar a C, ni A ni B padecen un déficit epistémico a este respecto, sino una incapacidad de controlar el vehículo, que en nada resulta alterada por el hecho de que, en instantes previos, hayan tomado conocimiento de su existencia. Si resultaba o no previsible para A y B que durante el trayecto se verían imposibilitados de controlar el vehículo, es algo que, a su vez, depende de si, desde su posición —es decir, sabiendo que el automóvil debía ser enviado a revisión mecánica—, les resultaba exigible verificar su estado, o simplemente abstenerse de utilizarlo. Esto último, en cualquier caso,

forma parte de un siguiente nivel de análisis: el relativo a la evitabilidad de dicha inevitabilidad física. De afirmarse, cabría entonces atribuir a *A* y *B* un homicidio imprudente a título de coautoría.

Pero también es posible identificar escenarios en los que, al momento de realizar el hecho típico, dos o más sujetos padecen tanto un déficit epistémico como físico que impide que su comportamiento, bajo cualquier descripción —y no solamente la del tipo— sea intencional y, por ende, constitutivo de una *acción* (u omisión) conjunta propiamente tal. Esto ocurriría con la siguiente variante de un ejemplo clásico:

Los Guarda-agujas (variante). Los guarda-agujas *A* y *B*, entre otras funciones, están encargados de cambiar el recorrido de un tren en casos de emergencia. Por motivos de seguridad, el mecanismo está diseñado en forma tal que su activación requiere la introducción coordinada de una clave a través de dos mandos. Durante una jornada de trabajo, creyendo ingerir píldoras “para el estrés” —en realidad, potentes relajantes musculares—, tanto *A* como *B* rápidamente se duermen, por lo que, instantes después, al no oír la alarma que les requería activar el mecanismo de emergencia, tampoco consiguen evitar la colisión de dos trenes.

Sobre los fundamentos en que podría descansar la imputación a título de coautoría de una eventual instancia de *omissio libera in causa* habrá oportunidad de volver, una vez perfilados los presupuestos de la coautoría por omisión y en delitos omisivos. Por ahora solo ha interesado puntualizar que todas las constelaciones acabadas de revisar exhiben un componente común: al momento de realizar el tipo, los sujetos carecen de las capacidades necesarias para evitar su realización, o bien, en ese instante, no han estado en condiciones de ejercerlas. De momento, este antecedente es suficiente para que en todos estos casos devenga excluida una imputación ordinaria del hecho, esto es, una imputación subjetiva a título de dolo.

Tales casos podrán diferenciarse internamente con arreglo a la clase de déficit que padecen los sujetos, como también según el dato contingente de si el comportamiento conjunto realizado por estos tolera o no, bajo una descripción alternativa distinta a la del tipo, la propiedad de ser una *acción* conjunta —por haber sido ejecutada de forma intencional bajo una de tales descripciones alternativas— y no un mero comportamiento colectivo. Pero este último aspecto no será determinante, pues, en los casos de déficit epistémico en los que, a pesar de que el comportamiento conjunto desplegado por dos o más sujetos haya sido ejecutado intencionalmente —y, por ende, haya resultado evitable— bajo alguna de sus descripciones alternativas verdaderas, de todos modos, no habría sido ejecutado intencionalmente —y, por ende, tampoco habría resultado

evitable— bajo la descripción típica, que es lo que interesa. En casos de inevitabilidad física no siempre está ausente el contenido epistémico necesario para que dos o más sujetos se formen la intención de evitar la ejecución de un determinado comportamiento, sin embargo, aunque ese contenido estuviese presente, de todos modos, no asistiría en tales sujetos la capacidad de materializar esa intención¹²⁹⁹. Es la inevitabilidad conjunta en la realización del tipo, en definitiva, el factor que sirve de *presupuesto* para que todas estas constelaciones sean potenciales candidatas a una imputación extraordinaria (vía imprudencia) a título de coautoría, de cumplirse las condiciones que ahora se abordarán.

IV. Evitabilidad conjunta de la realización (inevitable) del hecho

Como fuese anticipado, el reconocimiento de una coautoría en un injusto imprudente presupone la exclusión de una imputación a título de dolo (falta de una capacidad actual de evitación intencional), pero recién comienza a configurarse a partir de la fundamentación de la imputabilidad del estado de inevitabilidad conjunta que padecen los coagentes al momento de realizar el hecho. Sintéticamente formulada, la pregunta consiste en si los sujetos involucrados podrían haber adoptado una medida de cuidado que, al momento de realizar el hecho, los hubiese puesto en condiciones tales de ser capaces de evitar conjuntamente su realización. Por esta razón, y aunque pueda resultar evidente, es indispensable que el nexo de imputación se establezca entre una acción conjunta contraria al cuidado exigido desplegada *por los mismos sujetos* cuyo comportamiento satisface el respectivo tipo delictivo. Como ya fuese sugerido, esa condición no se cumple si, a pesar de que varios infringen el cuidado exigido, solo uno realiza el comportamiento típico, o bien, si, a la inversa varios realizan el hecho que es objeto de imputación, pero no todos infringen (o no a todos resulta imputable la infracción de) la medida de cuidado que habrían tenido que aplicar.

Pues bien, el elemento constructivo consistente en la evitabilidad conjunta también puede escindirse en condiciones de las cuales depende, por una parte, que el comportamiento en que ella se funda sea constitutivo de una acción conjunta y, por otra parte, en condiciones a las que se supedita la caracterización de esa misma acción como contraria al cuidado que situacionalmente resultaba exigible adoptar.

¹²⁹⁹ De ahí que, como se sostuviera en la *Primera parte* de esta investigación, no todo comportamiento típico imputable a imprudencia precisa ser constitutivo de una acción (en sentido estricto); lo fundamental, sin embargo, es que, de el o los sujetos en cuestión, pueda predicarse alguna *capacidad de acción*, de manera tal que la realización del comportamiento típico, cuando menos, haya sido evitable intencionalmente en forma secundaria. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.1.

1. Acción conjunta contraria al cuidado exigido

En el apartado anterior ya se ha afirmado que, tratándose de hechos imputables a imprudencia, la realización conjunta del tipo representa un comportamiento deficitario tanto desde un plano deontológico como agencial (así, al menos, bajo la descripción del respectivo tipo delictivo). En cambio, el comportamiento conjunto en virtud del cual dos o más sujetos dejan de adoptar una medida de cuidado (que habría asegurado su ulterior capacidad conjunta de evitación), a pesar de contradecir ese estándar de comportamiento cuidadoso, *no* puede, además, ser deficitario en términos agenciales: de lo contrario, no habría cómo sustentar la evitabilidad conjunta del estado de inevitabilidad bajo el cual se realiza el tipo. En este sentido, el comportamiento contrario al cuidado exigido solo es defectuoso en su condición de tal, pero ello no debe alcanzar a las capacidades bajo las cuales los sujetos desplegaron esa acción conjunta (descuidada). De ahí que, como ya se ha señalado, la coautoría en un injusto imprudente no admite reducirse a un mero “fallo colectivo”. Esta aclaración preliminar justifica que, también tratándose de un injusto imprudente, la imputación a título de coautoría requiera la afirmación de una apropiada relación de agencia compartida, ahora referida a la infracción de una medida de cuidado.

Los mismos elementos constructivos que fuesen desarrollados a propósito de la configuración de una acción conjunta, base para la imputación de una instancia de realización típica a título de coautoría, han de regir aquí respecto del comportamiento contrario al cuidado exigido¹³⁰⁰. Pues, según se insistiera ya en dicha oportunidad, los requisitos constitutivos de una acción conjunta son insensibles a la contingencia de que tal comportamiento resulte subsumible (o no) bajo la descripción de un tipo delictivo — o en este caso, que resulte ser contrario a cuidado—, lo cual significa decir: la categoría jurídico-penal de la coautoría se construye a partir de la noción de acción conjunta, y no a la inversa¹³⁰¹. Con ello, la acción conjunta desplegada por dos o más sujetos que infringen una medida de cuidado también necesita construirse desde los planos intersubjetivo y material, en lo que se corresponde, *grosso modo*, y bajo las reservas terminológicas registradas en su oportunidad, con aquello que la doctrina dominante tematiza como elementos “subjetivo” y “objetivo” de la coautoría, respectivamente. En lo que sigue, un análisis más detenido de tales extremos.

¹³⁰⁰ En detalle al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.

¹³⁰¹ Esto no supone asumir ningún compromiso con alguna concepción ontologicista de acción, ni desconocer que el Derecho penal, en efecto, podría construir su propio concepto de acción, con arreglo a las particularidades que definen a la imputación jurídico-penal; simplemente se trata de comprobar que no toda acción conjunta fundamenta coautoría, pero, en cambio, toda coautoría necesita basarse en una acción (u omisión) conjunta.

1.1. Plano intersubjetivo de la acción conjunta contraria al cuidado exigido

Para que el comportamiento desplegado por dos o más sujetos sea susceptible de interpretar como una acción conjunta es necesario, en primer lugar, reconocer en él una instancia de intersubjetividad práctica. Como se ha dicho, para ello resulta indispensable que entre los agentes involucrados exista una apropiada consistencia en sus compromisos doxásticos y prácticos, ya que, de otro modo, sus prestaciones solo vendrían en consideración como un set de acciones individuales accidentalmente convergentes.

Pues bien, tratándose de una acción conjunta contraria a cuidado, tanto los compromisos doxásticos como prácticos de los coagentes precisan referirse nada más que al comportamiento que sirve de *sustrato fáctico* a la infracción conjunta del cuidado exigido. En concreto, en lo que hace a sus compromisos cognitivos o doxásticos, solo es necesario que cada sujeto sepa o crea —si es que otros aún no han prestado su colaboración y este, sin embargo, cuenta con ello¹³⁰²— que su comportamiento individual es o será susceptible de una lectura adicional bajo la cual es o será, junto con el comportamiento de otro u otros, parte constitutiva de una acción conjunta, siendo este comportamiento el que habría demandado de ellos la adopción de una medida de cuidado¹³⁰³. Pero el mero hecho de que tales sujetos sepan o crean que su comportamiento confluye o habrá de confluir espacio-temporalmente con el de otro u otros, por de pronto, no alcanza a delimitar una acción conjunta de una pluralidad de acciones individuales convergentes. Lo anterior se vuelve posible a partir de la identificación de un compromiso práctico compartido entre los coagentes, cuyo “*modo-actitudinal-nosotros*” permita adscribirles no solo un compromiso doxástico, sino también la disposición de actuar (u omitir) conjuntamente. En cambio, en lo que afecta al *contenido* de tales compromisos prácticos, únicamente bastará —por aplicación del principio de contrafactividad de la imputación¹³⁰⁴— con que

¹³⁰² Para esto basta, como señala SEARLE, *Making the Social World*, pp. 54 y s., realizar la propia contribución bajo la suposición de que el otro prestará la suya. Incluso, tratándose de contextos a larga escala, en donde cada sujeto regularmente cumple siempre una misma función, y esta es conocida por el resto (y viceversa), podría sostenerse, como puntualiza TUOMELA, *The Philosophy of Sociality*, p. 113, que una “creencia enlazada” (*loop belief*) ya no necesitaría ser “positiva”, sino que bastaría con que adquiriera la forma de que uno *no* tenga la creencia de que el otro crea que uno *no* realizará su parte de la acción conjunta.

¹³⁰³ Fundamental, RISICATO, *RIDPP* (1998), pp. 162 y ss., quien, en la discusión italiana, sustenta la tesis de que el concurso culposo únicamente requeriría la consciencia de parte del agente de realizar una actividad común con otros, aunque no es necesario que ese sustrato fáctico incluya el carácter específicamente culposo de los aportes. Regístrese, sin embargo, que para Risicato, a diferencia de la tesis aquí propuesta, la “consciencia” de realizar una actividad común con otros sería compatible con una decisión de ajuste unilateral. Por otro lado, la “consciencia” de actuar conjuntamente, como forma de designar la relación de convergencia cognitiva entre los coautores no resulta apropiada, pues por consciencia cabe entender más bien la forma bajo la cual se tiene un estado cognitivo, pero no este en sí mismo. Al margen de la precisión recién efectuada, que los coautores solo han de “ser conscientes” de que actúan conjuntamente, pero no necesitan representarse el hecho de que lo hacen de manera contraria a cuidado, es advertido también por HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./116.

¹³⁰⁴ Sobre este principio véase, en general, *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3., y, en el contexto de la coautoría, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.2., con las referencias respectivas.

los sujetos compartan la intención de no abstenerse de tomar parte (por la vía de sus respectivas contribuciones individuales) en la realización de aquella acción conjunta que habría demandado de ellos la adopción de una medida de cuidado.

En consecuencia, y puesto que la convergencia en el plano intencional entre potenciales coautores se construye *negativamente*, es decir, compartiendo la intención de no hacer de la correspondiente norma de comportamiento (tratándose de una infracción de deber dolosa) o del aseguramiento de sus capacidades de evitación (tratándose de una infracción de deber imprudente) una premisa mayor en sus respectivos esquemas de razonamiento práctico, perfectamente podría suscitarse una instancia de coautoría en acciones conjuntas de índole competitiva. Así, en contraste con la suposición de Momsen, no es que en el llamado *Caso Ku'damm-Raser* la coautoría entre dos participantes en una carrera ilegal tendría que haberse excluido desde un inicio por el hecho de que, al perseguir cada uno la victoria (por medio de conducir el uno más rápido que el otro), los participantes de la carrera no compartiesen un mismo objetivo¹³⁰⁵. Por el contrario, el comportamiento de quienes participan en una competición también es susceptible de interpretar como parte de una acción conjunta; lo único singular de esta clase de acciones conjuntas reside en el carácter manifiestamente débil de la noción de cooperación¹³⁰⁶. Más bien, la razón por la cual no cabía apreciar una coautoría en el *Caso Ku'damm-Raser* descansa en que, como ya se sugirió antes, el comportamiento que satisface la descripción típica “causar la muerte de otro”, en ese supuesto, no es susceptible de interpretar como una realización conjunta; ello determina que, a falta de una realización conjunta, se vuelva irrelevante que, desde otros puntos de vista, sí hayan actuado conjuntamente (e incluso, con un propósito común), como, por ejemplo, “participar en una carrera ilegal”, “conducir a exceso de velocidad”, “no respetar semáforos en rojo”, etc.

Dejando por ahora al margen la determinación de la concreta medida de cuidado cuya adopción hacía necesaria la realización (cuidadosa) de los siguientes comportamientos, nótese que, por ejemplo, en el *Caso de las rocas rodantes*, los sujetos saben que ambos arrojan rocas desde la cima de un monte, se disponen (positivamente) a hacerlo de un modo conjunto y, cuando menos, comparten la intención (negativa) de no abstenerse de realizar conjuntamente ese comportamiento. En el *Caso de las cerillas*, los sujetos saben que conjuntamente encienden cerillas al interior de una fábrica, se disponen (positivamente) a hacerlo juntos y, cuando menos, comparten la intención (negativa) de

¹³⁰⁵ MOMSEN, *KriPoZ*, 2 (2018), p. 82, quien añade: tampoco en una carrera olímpica de 100 metros uno expresaría seriamente que los atletas querían ganar la carrera en coautoría. Para un análisis crítico de la comprensión “asociativa” de la coautoría implicada en suposiciones como la anterior, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.3., especialmente a propósito del ejemplo *Los socorristas que compiten*.

¹³⁰⁶ Como se sostuvo a nivel general, la realización de una acción conjunta no necesariamente tiene que operar como una razón explicativa para la acción en cada coagente, sino que basta con que opere como una razón justificativa, en términos tales de que sea suficiente para responder a la pregunta (formal) acerca de por qué actúa del modo en que lo hace, por lo que no requiere introducir referencias a un motivo o propósito común entre sus participantes. Al respecto, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.2.

no abstenerse de realizar entre ambos esa acción. Idéntico ejercicio puede aplicarse a otros casos paradigmáticos citados con anterioridad.

Debido a lo señalado, tampoco en su aplicación al injusto imprudente puede comulgarse con las concepciones que prescinden del nexo intersubjetivo entre los coautores. En efecto, no es suficiente la mera adición de acciones convergentes contrarias a cuidado — incluyendo aquí las adaptaciones unilaterales al comportamiento de otro—, pues uno de los rasgos característicos de toda relación agencial compartida es que la acción de la cual se predica sea un comportamiento ejecutado intencionalmente *en tanto que* conjunto, esto significa: lo conjunto como parte integrante del contenido de las intenciones de los coagentes, y no como atributo añadido a estas¹³⁰⁷. Por esto, han de excluirse constelaciones en que dos o más sujetos realizan de manera intencional una acción contraria a cuidado, pero que, sin embargo, resultan independientes entre sí, sea porque tales sujetos desconocen que sus acciones son susceptibles de una lectura adicional que permitiría integrarlas en un comportamiento complejo, sea porque no existe disposición alguna de obrar conjuntamente con otro u otros. Tales acciones contrarias a cuidado únicamente podrían fundamentar una evitabilidad secundaria individual (relativa a cada acción en particular), por lo que quedan fuera de la órbita de la coautoría.

Como se ha visto hasta el momento, por lo que hace al plano cognitivo e intencional — es decir, sin descender aún en el plano material—, no se requiere más, pero tampoco menos que la creencia y disposición de obrar conjuntamente para que las acciones individuales desplegadas por dos o más sujetos sean, por de pronto, susceptibles de ser unificadas interpretativamente como una sola acción conjunta, que, supeditada al cumplimiento de *otra clase* de condiciones, admitirá eventualmente el carácter de contraria a cuidado. A estas consideraciones generales en torno al nexo intersubjetivo entre quienes conjuntamente infringen una exigencia de cuidado cabe añadir todavía algunas precisiones complementarias.

Como primera prevención, conviene explicitar que no basta la mera “cognoscibilidad” de la convergencia objetiva de comportamientos contrarios a cuidado, ya que en tal caso lo que se frustra es la propia configuración de la acción conjunta¹³⁰⁸. Así, no pueden ser instancia de coautoría imprudente aquellos supuestos en los que uno o más sujetos tenían que haber previsto —y, sin embargo, no previeron— que la infracción de una medida de

¹³⁰⁷ Con otras palabras: no basta con la ejecución intencional de un comportamiento conjunto, sino que se requiere que este sea ejecutado intencionalmente *qua* conjunto. Cfr. BLOMBERG, «Practical Knowledge and Acting together», en CARTER *et al.* (eds.), *Socially Extended Epistemology*, 2018, p. 95, nota 9, quien, para más precisión, aboga por presentar la estructura de una acción conjunta bajo la fórmula general de un “*φ-ing jointly intentionally*”, en lugar de un “*jointly φ-ing intentionally*”.

¹³⁰⁸ De otra opinión, ARTAZA VARELA, *Perspectiva Penal Actual*, 1 (2012), p. 45.

cuidado los dejaría en posición de realizar junto con otro u otros un hecho delictivo¹³⁰⁹. Ahora bien, y dado que, a tenor de lo recién señalado, la mera posibilidad de conocimiento de estar actuando con otros no resulta suficiente, inmediatamente habría de surgir el siguiente interrogante: ¿qué sucede en aquellos casos en que la respectiva instancia de comportamiento conjunto está compuesta por una larga y variada serie de acciones individuales? Evidentemente, debido a la multiplicidad de sujetos que participan en las actividades realizadas en el seno de organizaciones estructuralmente complejas, podría ser que el acceso epistémico individual de estos, tanto a las demás acciones componentes, como incluso a la obra global, ciertamente se encuentre más limitado en parangón con aquellos escenarios en que la acción conjunta (contraria a cuidado) es desplegada por un reducido número de personas. Por otro lado, en contextos como el descrito —por ejemplo, de fabricación o de distribución de algún producto—, naturalmente que no puede quedar a disposición de cada sujeto la determinación del significado del comportamiento que individualmente despliega, en atención al evidente riesgo de que minimice el rol que cumple su propia contribución para la obra global, situándola en una posición periférica y, por ende, independiente de las demás partes¹³¹⁰.

Con todo, el desconocimiento del detalle de las demás contribuciones y de la complejidad inherente a las llamadas actividades a larga escala, ya intuitivamente, no parece excusa admisible. Pero, en contra de lo que podría sugerir la propia formulación del problema, para descartar una defensa de ese género no es necesario prescindir de los estados cognitivos de los coagentes, sino, más bien por el contrario, debe atenderse precisamente a su contenido. Desde luego, es altamente probable que quien interviene en tales escenarios desconozca los pormenores de las contribuciones realizadas por otros, empero, su propio comportamiento —para utilizar la precisa caracterización de Kutz— no resulta *funcionalmente inteligible* sin el reconocimiento del contexto en el que se inserta su actuación¹³¹¹; es decir, la auto-comprensión de lo que individualmente realiza cada sujeto involucrado se vuelve dependiente de la práctica que racionaliza su comportamiento,

¹³⁰⁹ Siguiendo en este punto las observaciones de RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, p. 135, a pesar de que la imprudencia constituya un criterio objetivo de imputación subjetiva, y a pesar también de su carácter eminentemente normativo, estas propiedades no pueden transferirse sin más al campo de la codelincuencia. La precisión es relevante ya que la intervención de varios sujetos en un determinado contexto podría incidir, en efecto, en la previsibilidad (individual) de que el comportamiento propio convergería con el de otro u otros, causando entre todos ellos un determinado resultado, pero no por esta razón tornaría al suceso en una obra conjunta.

¹³¹⁰ Así, PAUER-STUDER, «Complicity and Conditions of Agency», *Journal of Applied Philosophy*, 35 (2018), pp. 644 y ss. En consonancia con lo recién señalado, cabe registrar que, del mismo modo en que la esencialidad de una contribución ha de ser mayor mientras menor sea el número de intervinientes, correlativamente, lo mismo habría de ocurrir con relación al grado de detalle que se maneja respecto de las contribuciones que serán prestadas por los demás: mientras menos compleja sea la obra conjunta, más conocimiento se requerirá de cada interviniente con respecto a las contribuciones del resto.

¹³¹¹ KUTZ, *Complicity*, pp. 155 y ss., p. 163. Similar en los resultados, aunque favoreciendo decididamente el análisis de semejante auto-comprensión normativa por parte del agente con estricto (y casi exclusivo) arreglo a las prácticas sociales, PAUER-STUDER, *Journal of Applied Philosophy*, 35 (2018), pp. 647 y ss.

como también el de otros¹³¹². En cualquier caso, esto no significa que dicho contenido cognitivo tenga que ser adscrito en absoluta prescindencia de la perspectiva de primera persona del agente en cuestión, sino solamente que, al esgrimir su desconocimiento, ese sujeto —en aplicación del principio de caridad¹³¹³— se situará en la necesidad de ofrecer una forma de racionalización alternativa para su comportamiento.

En segundo lugar, dado que los compromisos cognitivos y prácticos que comparten los potenciales coautores en un injusto imprudente solo necesitan estar referidos al sustrato fáctico de una acción conjunta (*simpliciter*), de la cual se predica la condición adicional de ser contraria a cuidado, y no, en cambio, a la contrariedad a cuidado propiamente tal, no es necesario —en contraste con lo que, según hubo oportunidad de ver, sugiere algún sector de la doctrina— que exista una suerte de “acuerdo en el riesgo”, un “plan común de acción peligrosa”, ni, mucho menos, que los sujetos hayan compartido la intención positiva de infringir una exigencia de cuidado¹³¹⁴. Este último extremo adquiere relevancia a propósito de una supuesta restricción de la aplicación de la coautoría al ámbito de la llamada imprudencia “consciente”¹³¹⁵. Como fuese ya señalado, la taxonomía con arreglo a la cual la doctrina dominante distingue una imprudencia “consciente” de otra “inconsciente” está aquejada por la reducción categorial de los estados mentales conscientes a la representación fenoménica de los sucesos que tienen como objeto de referencia, pasándose por alto, con ello, que una consciencia disposicional

¹³¹² Así, por ejemplo, quien interviene como directivo (o mando intermedio) en una de las fases en que se divide el proceso de posicionamiento de un nuevo producto en el mercado, sea que intervenga en la producción, envasado, transporte o comercialización de este, evidentemente sabrá o supondrá que la suya no es una labor autosuficiente, sino que junto con otras fases se complementan para entre todas conseguir ese propósito. Desde luego, ello sin perjuicio de que la falta de cuidado pueda radicarse en una fase específica del proceso, y no sea, por ende, atribuible a los que intervienen en las demás (previas o posteriores). Se da por sentado asimismo que, tratándose de estructuras con organización compleja, cada acción componente podrá, a su vez, subdividirse, estando también aquí presente la posibilidad de que la falta de cuidado se radique en la esfera de funciones de solo alguno o algunos de los participantes en ellas.

¹³¹³ Sobre este principio que gobierna la atribución de actitudes proposicionales, y que, en general, emplaza a escoger entre varias alternativas interpretativas la que mejor racionalice (y, por eso, la más caritativa con) el comportamiento de los sujetos, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.3., con las respectivas referencias.

¹³¹⁴ Al respecto, críticamente, *supra* Cap. Sexto, apdo. IV.1.

¹³¹⁵ Así, por ejemplo, sosteniendo que la coautoría se restringiría únicamente a la imprudencia “consciente”, FISCHER, *StGB*, 55ª ed., 2008, § 25/26. Por su lado, KRAATZ, *LL.B. - Zeitschrift des Studiengangs Recht-Ius*, 1 (2011), pp. 34 y s., precisamente esgrime la incompatibilidad de la coautoría con la llamada imprudencia “inconsciente” como argumento para negarla también en la “consciente”, ya que el legislador alemán no distingue en el tratamiento que dispensa a ambas clases de imprudencia. Un planteamiento perfectamente inverso es el sugerido por DIEL, *Regreßverbot*, p. 324, ya que, por una parte, sería contradictorio restringir la distinción entre autoría y participación a la imprudencia consciente, pues esta solo presenta una similitud con el injusto doloso en lo que respecta a la representación del sujeto, pero el reproche mismo por imprudencia, desde un punto de vista sistemático, debe ser valorado de manera equiparada en ambas formas de imprudencia; por otra parte, esta restricción no sería compatible con el hecho de que en los tipos de la Parte especial se prevé una regulación unitaria para las clases de imprudencia. Para una crítica a la restricción de la coautoría al ámbito de la imprudencia “consciente”, véase también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 216, nota 271; HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./116.

es suficiente como pauta de razonamiento práctico, que es justamente aquello que interesa a la hora de calibrar la evitabilidad de un comportamiento. El caso de los dos cirujanos que conjuntamente realizan una cirugía de liposucción, el de los operarios que arrojan una pesada viga a la acera, el de los sujetos que encienden cerillas al interior de una fábrica oscura, entre una amplia gama de ejemplos, dan cuenta de que, por la clase de acción que realizan y el contexto en el cual tienen lugar, si se consulta a los sujetos qué están haciendo —el *test* de disposicionalidad¹³¹⁶—, probablemente su reporte incluirá una referencia al comportamiento de otro u otros¹³¹⁷. Por ende, aun cuando una de las medidas de cuidado por excelencia consista en abstenerse de realizar actividades peligrosas, la representación del carácter arriesgado de la acción emprendida (sea esta individual o conjunta) solo puede constituir un indicio que favorece *en los sujetos* el reconocimiento de la necesidad de adoptar una determinada medida de cuidado, empero, la falta de dicha representación no obsta en absoluto la consideración de ese mismo comportamiento como uno potencialmente imprudente, si aquellos sujetos hubiesen sido disposicionalmente conscientes de estar realizando una acción que es instancia de un riesgo conocido por ellos al menos genéricamente.

En sintonía con lo anterior, en tercer lugar, resulta importante enfatizar que, aunque *la infracción* de una medida de cuidado no necesariamente tiene que ser “acordada”, el comportamiento conjunto que habría de resultar contrario a cuidado tendrá que descansar en una convergencia cognitiva e intencional ya bajo la forma en que los sujetos se han dispuesto a realizarlo¹³¹⁸. Para ilustrar este aspecto, supóngase el siguiente ejemplo:

Los compañeros de despacho. Para contrarrestar las frías mañanas de invierno, A y B, quienes comparten despacho en un edificio, antiguo y especialmente húmedo, necesitan encender simultáneamente sus respectivos calefactores al máximo de potencia, lo que

¹³¹⁶ Al respecto, véase también HUSAK, *Essays in Honour of Andrew Ashworth*, pp. 85 y ss.

¹³¹⁷ Nótese que la disposicionalidad puede referirse tanto al hecho de realizar algo (objeto intencional del estado cognitivo), como al hecho de estar realizándolo conjuntamente (modo actitudinal del estado cognitivo). Por ejemplo, en el caso de los operarios que arrojan una viga a la acera, probablemente estos sabrán qué hacen y junto con quién, para lo cual bastaría con dirigirles hipotéticamente tales preguntas. Ciertamente, también cabe la posibilidad de que ellos respondan haciendo referencia solo a su propio comportamiento (por ejemplo, un operario podría responder “arrojo una viga a la acera”, en lugar de “arrojamos una viga a la acera”), pero ello crearía un “contexto intensional” con arreglo al cual se auto-adscribiría como propia una acción que solo ha tenido lugar al ser realizada junto con otro. Por otro lado, acertadamente, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 262, advierte que la pregunta acerca de una imprudencia consciente o inconsciente no debe confundirse con la relativa al nexo intersubjetivo entre los coautores, nexo que, sin embargo, Häring presenta (de manera aparentemente restrictiva) como una “colaboración consciente y querida”, en circunstancias de que la consciencia referida al carácter conjunto de la acción también podría manifestarse disposicionalmente. En fin, nótese que esta capacidad de reporte, bajo la cual se resuelve aquel *test* de disposicionalidad, es la que permite cumplir la posibilidad normativa (que no psicológica) de una auto-adscripción del hecho (como acción conjunta) por parte de los propios coagentes.

¹³¹⁸ Para esta precisión, aunque utilizando otras terminologías para designar el vínculo intersubjetivo entre los coautores, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, p. 143; PFEIFFER, *JURA* (2004), p. 525; RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 433.

tácitamente se ha vuelto una costumbre matutina entre ellos. El viernes por la tarde, tras acabar su jornada laboral, *A* se marcha a casa; *B* hace lo propio unos minutos más tarde. Debido a que tanto *A* como *B* han olvidado desenchufar sus respectivos calefactores, la noche del domingo se desencadena un incendio en el edificio, a raíz del cual muere el guardia de seguridad de turno.

Ciertamente, en *Los compañeros de despacho* es posible reconocer entre *A* y *B* un patrón de comportamiento recíprocamente vinculante, a saber: encender simultáneamente sus calefactores cada mañana. No obstante, bajo esa descripción, la acción que *A* y *B* conjuntamente realizan está cubierta por un riesgo permitido. Este último solo deviene superado cuando cada cual abandona el despacho sin adoptar la medida de cuidado que a ambos resulta exigible —desenchufar sus calefactores—, pero respecto de lo cual ya no puede predicarse entre ellos la aplicación de un patrón unitario de comportamiento, sino solamente la concurrencia de acciones individuales independientes contrarias a cuidado. En consecuencia, cabría descartar en ese ejemplo una posible coautoría¹³¹⁹.

Una cuarta precisión concierne a la normatividad y el efecto que se dejan predicar de un compromiso práctico compartido. Como fuese ya desarrollado a nivel general¹³²⁰, el “*modo-actitudinal-nosotros*”, en que son asumidos los compromisos prácticos que comparten dos o más agentes, racionaliza su comportamiento, en términos de justificar el propio por referencia al de otro u otros. Nótese, sin embargo, que el poder recíprocamente vinculante que el respectivo compromiso práctico compartido ejerce en los coagentes, en tanto que *razón* para aportar su respectiva “parte de la acción conjunta”, no yace en el influjo psíquico que la decisión de cada uno eventualmente puede producir en el otro¹³²¹. Antes bien, la normatividad de esta clase de compromisos descansa en un requerimiento de orden práctico —el llamado principio de coherencia, de raigambre kantiana—, según el cual si un agente tiene la intención de realizar *x* (una acción conjunta), y reconoce en la ejecución de *x_I* (su aporte individual) un medio idóneo, *para él* es prácticamente necesario realizar *x_I*, pues su falta de prestación sería demostrativa que realmente no ha

¹³¹⁹ De acreditarse que tanto el comportamiento de *A* como el de *B* han representado partes necesarias de una condición mínima suficiente para la explicación causal de la producción del incendio, entonces podría fundamentarse la antinormatividad de sus respectivos comportamientos. Un problema distinto, y del cual también dependerá la posibilidad de responsabilizar a *A* y a *B* como autores directos (paralelos), reside en la previsibilidad no ya solo de la producción del incendio, sino además de la muerte del guardia, amén de las dificultades que entraña la fundamentación de una imputación a título de imprudencia en casos de olvido. A este último respecto, véase *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.3.

¹³²⁰ Cfr. *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.2.

¹³²¹ En ese sentido, sin embargo, STECKERMEIER, *Der Tatentschluss von Mittätern*, pp. 208 y ss., especialmente p. 211, quien discurre en términos de una “sugestión recíproca” (*wechselseitige Suggestion*), cuyo presupuesto sería la “construcción-de-un-nosotros” (*Wir-Bildung*) en el que los intervinientes forman objetivos comunes y armonizan sus representaciones. En el mismo contexto, esta autora habla indistintamente de una influencia sugestiva (*suggestive Beeinflussung*).

tenido la intención de realizar x ¹³²². En consecuencia, la identificación de aquel *modo actitudinal* ha de habilitar una *redescripción objetiva* de cada uno de los comportamientos discretos de los coagentes, apareciendo estos bajo la calidad de “partes componentes de una acción compuesta”, y no como un set de acciones individuales a través de las cuales varios sujetos persiguen un propósito mancomunado. Por esto, a diferencia de lo que, entre otros, ha señalado Otto, la identificación de un objetivo común entre los potenciales coautores no es condición necesaria ni suficiente¹³²³, pues la presencia de un tal propósito general nada dice aún sobre el carácter conjunto de los comportamientos desplegados por quienes invierten esfuerzos para su consecución.

Si, por ejemplo, varios campesinos se fijaran el objetivo común de cazar un jabalí que está destruyendo sus cosechas, y, en procura de dicho afán, sin adoptar ninguna medida de advertencia, uno de ellos tendiese una peligrosa trampa en la que luego cae un vecino no involucrado en la caza, a los demás no cabría ninguna responsabilidad en el hecho¹³²⁴.

En quinto y último lugar, según fuese señalado, la asunción de un compromiso práctico compartido exhibe una propiedad normativa en la medida en que, como manifestación del principio de coherencia, opera como una razón para que los coagentes, mediante la realización de sus contribuciones individuales, apliquen un patrón unitario de agencia. Ahora bien, adviértase que el carácter recíprocamente vinculante de dicho esquema de agencia, con todo, es independiente del eventual significado delictivo que podría exhibir lo que conjuntamente realizan los sujetos; es decir, que a través suyo infrinjan una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada o bien una medida de cuidado, o que, por el contrario, los sujetos realicen un comportamiento jurídico-penalmente neutral, en nada altera el vínculo intersubjetivo que hace de su prestación una obra conjunta. Desde luego, como señalan todos los partidarios de la coautoría en un injusto imprudente, la

¹³²² Dicho de otro modo: sería racionalmente impermissible no aplicar los medios necesarios (aquí, la prestación del respectivo aporte) para la consecución de un determinado fin (aquí, la realización de la respectiva acción conjunta), habiendo podido hacerlo. Sobre este requerimiento de racionalidad práctica, ROSS, *Oxford Studies in Metaethics*, 4 (2009), pp. 250 y ss. La introducción de tal precisión en este contexto es determinante, pues permite fijar una distancia entre la tesis aquí patrocinada, en la que los compromisos prácticos son compromisos que los coagentes mantienen para con ellos mismos, y otras que, en cambio, establecen el vínculo intersubjetivo por referencia a promesas recíprocas o vínculos *cuasi-contractuales* que fijan obligaciones entre los propios coautores. Sobre tales posturas, críticamente *supra* Cap. Quinto, apdo. II.3.1.

¹³²³ OTTO, *JURA* (2001), p. 759: “[l]a identificación de un objetivo común fundamenta el carácter común de la resolución al hecho”. De manera general, OROZCO, *Machtapparaten*, pp. 256 y ss., 275, desarrolla lo que denomina “persecución de un objetivo común”, como el criterio de legitimación para la imputación de la ejecución de hechos ajenos. De otra opinión, estimando insuficiente la persecución de fines comunes, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 223 y ss.

¹³²⁴ Este aspecto ya había sido adecuadamente puntualizado por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., p. 534, entre otros, con el siguiente ejemplo: si diez sujetos practican tiro al blanco en el bosque y uno de ellos, de manera descuidada, causa la muerte de otro, el resultado no podría imputársele a los demás, ya que “la fundamentación de la responsabilidad a causa de una ‘voluntad común’ no es admisible en los delitos imprudentes”.

acción conjunta que sirve de base para la ulterior imputación de un hecho a título de coautoría no necesariamente debe perseguir una finalidad delictiva. Pero eso no significa que, por el contrario, sea conceptualmente indispensable que quienes realizan una acción conjunta contraria a cuidado hayan perseguido una “finalidad externa al tipo” o la consecución de un “fin jurídico-penalmente irrelevante”¹³²⁵. En la gran mayoría de casos, ciertamente, quienes realizan una acción conjunta que infringe el cuidado exigido no se proponen realizar un tipo delictivo. Por ejemplo, en el *Caso de la viga*, los operarios solo comparten la intención de arrojar una viga por la azotea de un edificio; en el *Caso de las rocas rodantes*, la pareja de amigos solo se proponen hacer rodar rocas desde la cima de una montaña; en el *Caso de las velas*, los jóvenes pretenden nada más que iluminar una casa, etc. Bajo tales descripciones, y pese a exceder el riesgo permitido, la intención que comparten quienes realizan aquellos comportamientos no incluye una “referencia de sentido delictiva”. Sin embargo, este rasgo es puramente contingente —piénsese, por ejemplo, en el *Caso de las cerillas*, en el que dos sujetos encienden cerillas para iluminar la fábrica en donde se disponen a perpetrar un robo—, pues lo que en tales constelaciones funda una imputación subjetiva a título de imprudencia no es la “finalidad externa al tipo”, que supuestamente perseguirían los sujetos, sino, concretamente aquí, la inevitabilidad del déficit epistémico que padecen con respecto a las consecuencias causales que habrían de seguirse de sus respectivos comportamientos, cuestión que es totalmente independiente de la licitud del objetivo inicial conjuntamente propuesto¹³²⁶. Por otro lado, aun cuando la infracción de una exigencia de cuidado no fundamente antinormatividad —al menos, por referencia a una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada—, no por ello resulta apropiado caracterizarla sin más como un comportamiento “jurídico-penalmente irrelevante”, en tanto en cuanto podría servir de base para la imputación extraordinaria de una instancia de realización típica. Para efectos de acabar de ilustrar el punto que aquí interesa, considérese el siguiente supuesto de hecho:

¹³²⁵ Así, sin embargo, hablando de una colaboración consciente y querida con un objetivo común de acción jurídico-penalmente irrelevante, BLOY, *GA* (2000), p. 395; señalando que, en este caso, la decisión conjunta entre los coautores tiene como referencia un objetivo jurídico-penalmente neutral, SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, p. 242; fija como objeto de referencia de la decisión conjunta al hecho la realización de un objetivo extratípico, PFEIFFER, *JURA* (2004), p. 526. De manera distinta, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 225 y ss., p. 238, sostiene, con razón, que la así llamada “decisión conjunta a la acción” no necesariamente tiene un objetivo permitido, pero que, aun así, solo necesita vincularse con la ejecución consciente y querida de la acción conjunta, y no, en cambio, con las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, que hacen que esa acción devenga en descuidada y contraria a deber. De manera similar, RIEDO/CHVOJKA, *ZStrR*, N° 120 (2002), p. 161: se trata de perseguir un objetivo común, por regla general, pero no necesariamente, lícito. En el último sentido, entre otros, HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./116; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, p. 185; SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, pp. 277, 282 y s.

¹³²⁶ A todo lo cual cabe agregar que dicha “finalidad externa al tipo” podría estar presente en casos de dolo eventual o de dolo directo de segundo grado.

A la salida de un bar, A, que se encuentra en estado de ebriedad, comienza a insultar a B, C y D. A raíz de la incitación, B, C y D agreden a A, propinándole entre los tres golpes de puño, además de lo cual B da una patada a A, mientras este yace en el suelo. Poco después, para recuperar unas cintas de vídeo pertenecientes a C, este último, junto con B y D, se trasladan al domicilio de A. En el portal del edificio, C empuja a A, arrojándolo al suelo; luego, D nuevamente propina un puñetazo y una patada a A. Finalmente, B, C y D se marchan del lugar, dejando a A fumando en el portal del edificio, bajo la creencia errónea de que los golpes no tendrían mayor relevancia. Al día siguiente A fallece debido a una hemorragia intracerebelosa, causada por varios golpes en la cabeza¹³²⁷.

En un caso como el anterior, es evidente que, aunque la muerte de A sea imputable a título de imprudencia, y no de dolo eventual —conclusión que podría venir apoyada en el hecho de que B, C y D no advierten la gravedad involucrada en la acumulación de golpes en la cabeza—, la presunta “finalidad” perseguida por los tres sujetos en caso alguno habría sido “jurídico-penalmente irrelevante”, por iniciar su acción conjunta claramente como un delito de lesiones. Con todo, ello no excluye la hipótesis de que justamente sea la asunción de un compromiso práctico compartido en orden a la ejecución de un determinado hecho delictivo (el de lesiones), aquello que sirva como indicio para reconocer, en contrapartida, la falta de dicho compromiso por referencia a un hecho que excede cualitativamente al primero. Esto es lo que ocurre en los casos de “homicidio preterintencional”. Al respecto, para que pueda afirmarse una potencial instancia de *coautoría* es fundamental que el exceso se predique únicamente de las consecuencias causales derivables de la *acción conjunta*, y no, en cambio, de una de las partes que componen dicha acción (solo bajo una primera descripción) conjunta, y que en virtud de tal exceso eventualmente podría quedar sometida solo a una lectura individualizadora. Asimismo, para efectos de la constitución del respectivo injusto imprudente, es también imprescindible que las consecuencias de dicha acción conjunta, aunque no previstas, hayan resultado previsibles para cada uno de los sujetos¹³²⁸.

¹³²⁷ Supuesto de hecho recogido de la STS de 2 de noviembre de 1994 (Sala Segunda). La Audiencia Provincial de La Coruña había condenado a B, C y D como autores de un delito de lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente, así como a C, además, por el delito de allanamiento de morada. El TS confirmó la condición de autores de los tres sujetos. Lo interesante es que, aun cuando esta sentencia no admite expresamente una coautoría imprudente, sí señala que entre los procesados hubo un concierto de voluntades que, sin ser previo y expreso, pudo ser tácito y surgir espontáneamente como reacción frente a los insultos de la víctima, además de que los “actos de los sujetos fueron de parigual significado ofensivo y tuvieron todos influencia causal en el resultado” (fundamento jurídico cuarto). Como se aprecia, con ello básicamente se ponderaba la concurrencia de los dos requisitos tradicionales de la coautoría.

¹³²⁸ Este punto puede ilustrarse a partir de un caso parcialmente similar del que se ocupa la STS de 27 de octubre de 2001. El supuesto de hecho puede resumirse como sigue: A, B y C se dirigen al mercado para entrevistarse con D, y exigirle la devolución de una importante suma de dinero. Mientras discuten se produce un forcejeo en el que los tres primeros sujetos propinan varios golpes de puño en el rostro a D, provocándole erosiones y contusiones múltiples. Luego de que D intentara retirarse del lugar, A lo arroja al suelo y lo golpea con una delgada vara, la cual involuntariamente alcanza el ojo derecho de D, haciendo estallar su globo ocular. A, B y C fueron condenados inicialmente por la Audiencia de Toledo como coautores de un delito de lesiones graves por imprudencia en concurso ideal con una falta de lesiones. En

1.2. Aspecto material de la acción conjunta contraria a cuidado

Respecto del carácter conjunto de una acción contraria a cuidado son plenamente aplicables las consideraciones generales vertidas acerca de la noción misma de acción conjunta. Esto significa que, también aquí, se precisará que los comportamientos discretos desplegados por dos o más sujetos hayan de insertarse en una relación de complementariedad entre aportes simétricos en razón de su interdependencia funcional¹³²⁹. Del mismo modo que en el comportamiento conjunto que realiza el tipo puede identificarse una acción conjunta contraria a cuidado, ora a partir de la prestación de aportes individuales de naturaleza homogénea —aquello que algunos denominan “acumulación de esfuerzos”—, ora a través de la distribución de funciones diversas pero complementarias entre sí, lo propio rige respecto de acciones conjuntas contrarias a cuidado. Como pronto se verá, que los comportamientos discretos de los sujetos hagan necesaria la adopción de medidas de cuidado diversas en contenido no necesariamente excluye la modalidad compartida de su infracción.

De momento, interesa destacar que el carácter conjunto de la acción contraria a cuidado no implica en absoluto que haya sido necesario que la o las medidas en cuestión hubiesen tenido que ser adoptadas por todos. Con otras palabras, no se trata de un análisis contrafáctico que excluya aquellos casos en que bastaba con que uno de los coagentes hubiese aplicado la medida de cuidado que habría asegurado una capacidad de evitación conjunta. Por ejemplo, si los padres *M* y *P* advierten que *H*, su hijo de 3 años, trepa por

su recurso ante el TS, *A* esgrimió que no había sido él, sino su hijo *C* quien habría golpeado a *D* con una vara. Al respecto, el TS acaba resolviendo que, con independencia de lo anterior, “si existe acuerdo entre los tres acusados para llevar a cabo una agresión, portando uno de ellos un instrumento agresivo, y, antes de finalizar aquélla, el instrumento es utilizado por quien lo portaba sin sobrepasar los límites impuestos por el contenido del acuerdo, según pueda éste considerarse acreditado, el resultado ha de imputarse a todos ellos con independencia de quien ejecute materialmente la acción”. Pues bien, cabe tener presente que, en efecto, si tres sujetos agreden a un tercero, y uno de los primeros porta un arma o un instrumento, su empleo normalmente será previsible para los otros dos coagentes. En consecuencia, la ejecución de esta acción, *en principio*, no representaría un exceso para los demás, y podría considerarse aún parte componente de una acción conjunta. Con todo, nótese que, para que el hecho sea imputable a título *imprudente* a los tres sujetos, sigue siendo indispensable que el resultado concretamente producido haya sido previsible para cada uno de ellos. Esto último no siempre ni necesariamente será el caso, sobre todo si quienes no utilizan el instrumento desconocen el modo en que lo empleará su compañero. Por otro lado, también cabe reparar en que, por previsible que sean la forma en que actuará uno de los sujetos y las consecuencias que se derivarán de su acción, ello no permitirá considerar —ni siquiera en hechos imputables a dolo— como acción conjunta un comportamiento cuyas partes componentes exhiben una significación material cualitativamente dispar. Esto significa: qué es aquello que eventualmente contará como acción conjunta no se encuentra a disposición de los coagentes. De ahí que, como se señalara en su oportunidad, sea importante advertir que el llamado nexo intersubjetivo entre coautores no tiene la función de aunar cualquier clase de comportamientos discretos, sino que permite interpretar unificadamente distintas acciones que, ya por sí mismas, tienen que exhibir cierta equivalencia funcional.

¹³²⁹ Por esta razón, aplica también a este elemento lo señalado a propósito de acciones auxiliares que no pueden ser consideradas como integrantes de una realización conjunta del hecho.

la ventana con peligro de caer, basta que uno de ellos aleje al niño de ese lugar o cierre la ventana; si los enfermeros *A* y *B* deben, entre cosas, desinfectar el instrumental quirúrgico y contabilizar sus piezas una vez acabada la operación, están obligados a ello con independencia de que estas medidas las haya podido adoptar solo uno de ellos; en el *Caso de la viga*, habría bastado con que uno de los operarios se asegurase de mirar que ninguna persona transitara por el lugar (dejando aquí al margen la pregunta de si esa medida resultaba o no suficiente en tal caso); etc. Los supuestos descritos permiten advertir que no es lo mismo formular el problema en términos de a quién o a quiénes resultaba exigible la adopción de una determinada medida de cuidado, que subordinar el asunto a las personas cuya intervención era necesaria para que dicha medida fuese eficazmente adoptada. Como se aprecia, lo relevante es que, aun cuando tales medidas hayan podido ser aplicadas de manera individual, ellas están destinadas a resguardar una capacidad de evitación conjunta. Por lo mismo, es posible que, como en los ejemplos señalados, un sujeto delegue en otro u otros *la adopción* de una medida de cuidado —si, por su naturaleza, esta no requiere la intervención de varios—, empero, en caso de que ello no ocurra, o en caso de que el otro la adopte en forma deficitaria, no se tratará de un comportamiento contrario a cuidado “por delegación”. Antes bien, en un escenario como los descritos habría también una infracción conjunta, ya que, con independencia del eventual encargo y, en general, de la pregunta acerca de cómo podrían haberla aplicado, respecto de cada uno de los sujetos, seguiría siendo cierto que, en efecto, *no han adoptado* la medida de cuidado que les resultaba exigible.

Por otra parte, cabe también imaginar que, existiendo una acción conjunta entre dos o más sujetos, esta no sea *conjuntamente* contraria a cuidado. Si bien las particularidades acerca de esta última condición se analizarán próximamente, es importante desde ya registrar dicha posibilidad, dado que también comprometería el carácter conjunto de una acción bajo la modalidad específica que aquí interesa (*qua* acción conjunta descuidada).

Para analizar el extremo recién mencionado, de manera ilustrativa Häring compara los siguientes tres supuestos¹³³⁰. En el primero, tres médicos, *A*, *B* y *C*, conjuntamente realizan una intervención quirúrgica de la que resulta la muerte del paciente *D*, a pesar de que los tres médicos actuaron conforme a cuidado. (Por mor del argumento, supóngase aquí que la muerte de *D* ha tenido lugar como consecuencia de una complicación común e inherente a esa clase de intervenciones quirúrgicas). Luego, Häring plantea una variante del caso anterior en la que *A* y *B* actúan de manera contraria a cuidado, mientras que solo *C* cumple con la *lex artis*. Más adelante, ofrece una segunda variante en la que solamente intervienen *A* y *B* en la operación: esta vez, el primero obra conforme a cuidado; el

¹³³⁰ HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 252-254, pp. 262 y s.

segundo, no. Respecto del primer supuesto, Häring sostiene que la acción de los médicos constituye, tanto desde el punto de vista subjetivo —al obrar con arreglo a una “decisión conjunta a la acción”, consistente aquí en la operación del paciente *D*—, como también desde un punto de vista objetivo —en atención a la cooperación en división del trabajo en la realización de dicha operación—, una obra común (*Gemeinschaftswerk*). Así, todos los intervinientes habrían prestado aportes individuales esenciales, pero no cabrían ser tratados como coautores de un homicidio imprudente por actuar conforme a la *lex artis*. Respecto del segundo caso, Häring sostiene que *C* no es coautor, sino un interviniente en la operación, ya que falta en él la infracción de un deber de cuidado. Por último, con relación a la segunda variante del ejemplo original, Häring señala que, aun cuando solo uno lesione el deber de cuidado (por ejemplo, *A*), este todavía podría caracterizarse terminológicamente como *coautor* (*Mittäter*), si para realización del “resultado de imprudencia” (*Fahrlässigkeitserfolg*) hubiese sido necesaria la cooperación de ambos. En este último caso, agrega Häring, el interviniente que actúa de manera contraria a cuidado “utiliza” como “instrumento” al que lo hace conforme a cuidado, por lo que también podría plantearse la pregunta por una autoría mediata en el delito imprudente¹³³¹.

En lo fundamental, las respuestas que ofrece Häring pueden ser suscritas en cuanto a sus resultados: en el primer caso ninguno de los médicos podría ser responsable; en el segundo, solo cabría responsabilidad a *A* y *B*; en el tercero, únicamente a *A*. El punto que interesa aquí destacar, sin embargo, es de índole estructural y conceptual. En el primer caso, la operación practicada por los tres médicos constituye una acción conjunta y, además, satisface la descripción del tipo de homicidio, pues el caso fortuito solo fundamenta la inevitabilidad del resultado de muerte, mas no torna a la acción que lo causa en un comportamiento permitido. Por esto, lo que obsta a que *A*, *B* y *C* sean coautores es que, ya *antes* de determinar la modalidad objetiva de imputación, falta un objeto constitutivo de un *injusto* respecto del cuál esta pueda predicarse. En ese sentido, la ausencia de un criterio que haga subjetivamente imputable el hecho torna en innecesaria la pregunta acerca de un posible criterio de autoría al respecto. Por su lado, el segundo caso permite confirmar la distinción entre las condiciones de coagente y coautor, pues, siendo efectivo que *C*, al igual que *A* y *B*, toma parte en la ejecución de una acción conjunta (antinormativa), *C* no puede ser coautor, dado que el hecho de haber adoptado las medidas de cuidado que le eran exigibles determina que, *respecto suyo*, la muerte de *D* haya resultado un evento inevitable¹³³². Luego, a *C* no resulta personalmente *imputable*

¹³³¹ *Ibidem*, p. 263.

¹³³² Este ejemplo permite ilustrar la diferencia entre el objeto de imputación (un comportamiento potencialmente antinormativo) y lo que aquí se ha denominado objeto de la (co)autoría: un comportamiento (potencial o efectivamente) antinormativo que es constitutivo de un injusto jurídico-penal, por resultar aplicable al agente un criterio de evitabilidad primaria o secundaria. Al respecto *supra* Cap. Quinto, apdo. III.2.

el quebrantamiento de la norma, mientras que a *A* y a *B*, sí. Por esta misma razón, en el tercer supuesto, si solo *A* actuase de manera contraria a cuidado, ni él ni *B* podrían ser coautores, pues no se configuraría una inevitabilidad evitable *conjunta*¹³³³.

En otro orden cosas, pero también a propósito del carácter conjunto de la acción contraria a cuidado, cabe considerar la posibilidad de que un sujeto se vea privado de la capacidad de evitar la realización de un tipo delictivo conjuntamente con otro, pero a raíz de que justamente ha sido el comportamiento contrario a cuidado de este último el que sitúa al primero de ellos en ese estado de inevitabilidad. Supóngase el siguiente ejemplo:

El bombero despistado. Mientras un edificio arde en llamas, amenazando la vida de quienes habitan en él, los bomberos *A* y *B*, que acaban de llegar al lugar, necesitan actuar con extrema rapidez. *A*, que está encargado de manipular la manguera, no puede controlar el incendio debido a que *D*, encargado de abrir la llave del agua, por menospreciar la gravedad del siniestro, atiende una llamada telefónica que genera un retardo breve, pero con consecuencias fatales.

En este caso, *A* y *B*, ambos en su condición de co-garantes, se encuentran obligados a ejecutar la acción consistente en impedir la muerte de los habitantes de un edificio por la vía de aplacar un incendio. Sin embargo, los bomberos necesariamente tienen que actuar de manera conjunta, por lo que la falta de cooperación de uno de ellos compromete directamente la capacidad de evitación del otro. Por esto, a pesar de que *A*, en efecto, no

¹³³³ Ahora bien, que, por el solo hecho de realizar una acción conjunta con otro que actúa conforme a cuidado pueda predicarse de *A* la condición de autor mediato, sin embargo, supondría un salto en las conclusiones, ya que para ello se precisaría que *A* se hubiese hecho competente del déficit de evitabilidad padecido por *B*, lo que es enteramente contingente. Por otro lado, la necesidad de recurrir a la autoría mediata y, por esta vía, imputar a *A* como propio el comportamiento de *B*, en contraste con lo que parece sugerir Häring, tampoco tendría que ser siempre necesaria. Para ello es crucial atender a la doble lectura de la que es susceptible todo comportamiento integrante de una acción conjunta: como parte componente de ella (lectura unificadora) y como acción individual (lectura distributiva o atómica). Ciertamente, el comportamiento de *A* es parte componente de una acción conjunta que emprende con *B* —la operación del paciente *D*—, sin embargo, ello no elimina la lectura atómica bajo la cual su comportamiento individual infringe una exigencia de cuidado. Sin considerar el comportamiento de *B*, desde luego, no podría imputarse a *A* la obra conjunta —*A* no realiza por sí solo la operación del paciente *D*—, y, sin embargo, en caso de que fuese su aporte individual a esa acción conjunta lo que exclusivamente determina el fracaso de dicha obra global, entonces la realización del tipo podría ya *especificarse* en el comportamiento de *A*, sin necesidad de recurrir a la estructura de la autoría mediata, ni tampoco, por cierto, a lo que algunos denominan una “coautoría aislada”, solo por el hecho de que ese comportamiento individual deficitario ha tenido lugar *en el contexto* de la ejecución de una acción conjunta. Piénsese, por ejemplo, en la construcción de una casa en la que intervienen un arquitecto, un aparejador, un albañil, un electricista, entre muchos otros, siendo el caso que, debido a un déficit en la instalación eléctrica, se produce un incendio que hace fracasar toda la obra. Que fracase no solo una parte componente, sino también (y a raíz de esto) la acción conjunta consistente en construir una casa, desde luego, no prejuzga que la causa del fracaso también tenga que ser conjunta. La eventual responsabilidad del electricista se contextualizará en su participación en una obra conjunta, pero su fundamento, en cambio, remitirá a una acción contraria a cuidado que ha sido realizada individualmente, sin que sea necesario que para ello se le imputen las actuaciones conforme a cuidado de los demás.

ha ejecutado la acción a la que se encuentra obligado, el quebrantamiento de la norma que le requiere impedir la muerte de otros no le resulta imputable, ni ordinariamente (por carecer de la capacidad de evitación necesaria), ni de manera extraordinaria (porque dicho déficit no se originó en su falta de cuidado, sino en la de su compañero). En cambio, a *B* sí ha de imputarse la realización típica, aun cuando la acción de salvamento solo podría haber sido ejecutada conjuntamente con *A*. Esto último no envuelve infracción alguna del *ultra posse nemo obligatur*. En efecto, al haber imposibilitado que *A* pudiera desplegar su parte de lo que tendría que haber constituido una acción de salvamento conjunta, *B* se instituyó en garante por injerencia en lo que se refiere a la falta de dicha prestación —es decir, no se trata de la interrupción de un curso causal salvador, que aún no se inicia, sino del impedimento de que este pueda iniciarse—, lo que, en definitiva, permite que, además de la suya, se le impute como propia la no ejecución de la acción requerida a *A*.

2. Contrariedad a cuidado de la acción conjunta

En el apartado anterior se ha propuesto fijar, en sus dimensiones generales, las características que harían del comportamiento descuidado y desplegado por varios sujetos una acción propiamente conjunta. Corresponde ahora profundizar en la contrariedad a cuidado que, también desde una perspectiva unitaria, tendrían que representar tales prestaciones deficitarias. Para ello, el análisis descenderá en las condiciones bajo las cuales se torna posible que el comportamiento discreto de varios sujetos sea interpretado como conjuntamente contrario a cuidado, extremo que fuese ya enunciado al inicio de este capítulo, al situarse conceptual y sistemáticamente el problema. A partir de las directrices anticipadas se intentará, asimismo, aplicar a la coautoría ciertos argumentos capitales de la dogmática de la imprudencia, tales como la determinación del cuidado exigido y el juicio en torno a la imputabilidad de la infracción; el riesgo permitido y el principio de confianza, como criterios adicionales que determinan el cuidado jurídicamente exigible; y, ya al finalizar, las especificidades del establecimiento del correspondiente nexo de imputación entre la infracción (conjunta) de una medida de cuidado y la realización (conjunta) de un determinado tipo delictivo. Para ello se utilizarán como base los desarrollos previos de la *Primera parte* de esta investigación.

2.1. Sobre la posibilidad de la infracción unitaria de una exigencia de cuidado

Uno de los interrogantes teóricos cardinales de cara a la articulación interna de esta estructura de imputación, y de una evidente repercusión práctica, descansa en la disyuntiva de si acaso “lo colectivo” de la coautoría ha de incidir ya en el juicio de infracción de la respectiva medida de cuidado, o bien, por el contrario, únicamente afecta a la realización del tipo, de modo que el estándar cuyo quebrantamiento autorizaría la

imputación de ese hecho a título imprudente se desarrollaría bajo un examen estrictamente individual. A partir de una aproximación general, algunas perspectivas de la primera alternativa fueron previamente reseñadas¹³³⁴. Corresponde ahora profundizar en ellas, ponerlas en contacto con las críticas de las que han sido objeto y, por último, sustentar el modelo de análisis que aquí se propone.

En las primeras ediciones de su célebre trabajo de habilitación, al indagar en las condiciones bajo las cuales sería plausible la coautoría en un hecho imprudente, Roxin comenzaba caracterizando a la coautoría como la “lesión conjunta de un deber conjunto” (*gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht*)¹³³⁵, agregando que, así como puede ser dolosa, también podría haber una lesión conjunta imprudente de un deber conjunto. De acuerdo con esta formulación, llegaba a la conclusión de que, en el llamado *Caso de la viga*, no sería en absoluto problemático hablar de una coautoría en un homicidio imprudente, pues los trabajadores de la construcción lesionan un deber de cuidado al que están obligados conjuntamente. Para confirmar este aserto, Roxin agrega luego dos ejemplos estructuralmente idénticos. En el primero de ellos, por motivos de seguridad, dos funcionarios son destinados a la vigilancia de un reo, quedándose ambos dormidos, con lo cual posibilitan su fuga; en el segundo ejemplo, a dos celadoras se encarga el cuidado de un niño, resultando este lesionado en un instante en que ellas han dejado de prestarle atención¹³³⁶. Según Roxin, en ambos casos existe un deber conjunto referido al mismo objeto, y en ambos, también, cada lesión del deber es recíprocamente dependiente de la otra, pues ambas deben reunirse para que se produzca la lesión del bien jurídico. Así, lo que caracteriza a estos casos es que se trataría de la lesión de deberes conjuntos, cuya esencia sería operar como una suerte de doble aseguramiento; en virtud de este rasgo, ninguno de los sujetos —en los últimos dos ejemplos, ninguno de los guardias, y ninguna de las celadoras— podría alegar que no han previsto que sus compañeros también infringirían sus respectivos deberes de cuidado, lo que permitiría dar lugar a la coautoría en un delito imprudente¹³³⁷. Esta última figura, de acuerdo con la primera posición de Roxin, seguiría fundamentándose en el principio general según el cual cada coautor debe realizar en su propia persona los criterios de autoría, ya que lo único que variaría en este caso sería que los deberes conjuntos muestran ciertas particularidades en cuanto a su gestación como en cuanto a los presupuestos de su infracción¹³³⁸.

¹³³⁴ Al respecto *supra* Cap. Sexto, apdo. IV.2.2.

¹³³⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., p. 532.

¹³³⁶ *Ibidem*, p. 535.

¹³³⁷ *Ibidem*, p. 536. Este rasgo, según Roxin, permitiría distinguir los deberes conjuntos de los deberes compartidos. Tratándose de estos últimos, el deber de dos o más sujetos podría tener el mismo objeto, pero diverso contenido, como ocurre, por ejemplo, con el deber de un sujeto consistente en controlar o revisar la labor realizada por otro (que Roxin llama también deber secundario).

¹³³⁸ *Ibidem*, p. 538.

Como fuese igualmente enunciado con anterioridad, en una dirección similar a la inaugurada por Roxin, aportes posteriores de otros autores también han condicionado la posibilidad de una coautoría en un injusto imprudente a la “infracción de un mismo deber de cuidado” por parte de los coautores, a la “misma calidad” del deber de cuidado o a la “misma forma” de su infracción¹³³⁹. Las exigencias relativas a la identidad del “deber de cuidado”, en sí mismo o en su calidad, tienden a vincularse con la imposibilidad de articular una instancia de coautoría imprudente en delitos especiales sin que todos los intervinientes compartan la misma calidad, mientras que la forma de la infracción tiende a ser asociada a su intensidad¹³⁴⁰.

En sus diversas variantes, las tesis acerca de la identidad o unidad del “deber de cuidado” son criticadas, tanto por detractores de la coautoría en un injusto imprudente, como también por algunos de sus representantes. En ambos escenarios, la objeción más extendida les recusa desconocer el carácter individual de tales deberes. Entre las primeras voces, por ejemplo, se encuentra Puppe, quien, además de rechazar en términos generales la estructura de una coautoría imprudente, replica que cada deber jurídico tiene que formularse de tal manera que concierna a un solo sujeto¹³⁴¹. Entre los representantes de esta estructura de imputación, en cambio, las tesis sobre la identidad o unidad del “deber de cuidado” son generalmente criticadas a raíz de una supuesta incompatibilidad con la idea de división del trabajo, y porque, además, aparecerían contradichas por la evidencia de que, en una multitud de casos, las medidas de cuidado que dos o más sujetos tienen que adoptar exhiben entre sí un contenido muy dispar¹³⁴². Íntimamente vinculado con lo

¹³³⁹ Así, WEIßER, *JZ*, 5 (1998), pp. 236 y s., fija como presupuesto la lesión de un deber objetivo de cuidado que exhiba la misma calidad y se infrinja de la misma manera por los coautores. En lo fundamental, se acoge a esta propuesta KIRSCH, *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips*, p. 260. Recientemente, también señalan HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./115, que los intervinientes han de lesionar “idénticas exigencias de cuidado”. En el mismo sentido, PFEIFFER, *JURA* (2004), p. 525, quien requiere que el deber objetivo de cuidado infringido revista la misma medida (*selben Ausmaß*).

¹³⁴⁰ Cfr., por ejemplo, HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., Vorbem. §§ 25ff./117, en donde este requisito aparece asociado a otro de índole negativa: que no exista una responsabilidad preferente de parte de alguno de los intervinientes. Este último sería el caso si entre ellos existiesen posiciones diferenciadas de deber con respecto a la lesión de un bien jurídico, como las de un garante y un no garante, o de un funcionario público y un *extraneus*. Ahora bien, frente a lo anterior cabría notar que tales exigencias no descansan en una particularidad de la imprudencia como criterio de imputación subjetiva, pues, ante todo, se trataría allí de casos en que los sujetos no pueden infringir la misma norma de comportamiento.

¹³⁴¹ PUPPE, *GA* (2004), p. 135. Sigue a esta última, KREUZBERG, *Täterschaft*, pp. 716 y s., recusando en la construcción de una coautoría imprudente el intento de fundamentar la imputación en una comunidad actuante para resolver problemas de causalidad, a pesar de que reconoce (*ibidem*, pp. 726 y s.) la existencia no de deberes de cuidado conjuntos, pero sí de deberes vinculados que podrían distinguirse de otros deberes de cuidado separados entre sí, aplicando de este modo la distinción ofrecida por Jakobs, a propósito de una “división del trabajo vinculante” versus otra “división del trabajo separadora”.

¹³⁴² Críticamente sobre las tesis de la unidad o identidad de la exigencia de cuidado infringida, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, p. 178; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 240, con nota 425; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, pp. 142 y s.; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 166 y ss., 175 y ss., 214 y ss., 230 y ss.; RENZIKOWSKI, *FS-Otto*, p. 431; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, p. 574; indirectamente, refiriéndose a la posibilidad de “competencias con distinto fundamento”, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 200 y ss. Desde otro enfoque,

anterior, especialmente a la tesis de Roxin se asocia una restricción innecesaria del ámbito aplicativo de la coautoría en injustos imprudentes, que quedaría así reducida únicamente a los casos en que resulta forzosa la intervención de varios sujetos para que se realice el respectivo tipo delictivo. Por ejemplo, en este último sentido, Häring aduce que la necesidad de reconocer la infracción de un “deber de cuidado conjunto” tendría que conducir a descartar la coautoría en supuestos como el del *Caso de las rocas rodantes*, pues allí no existiría ningún deber de cuidado al que los sujetos estuviesen obligados de manera conjunta¹³⁴³. Entre este último grupo de autores se insiste también sobre la idea de que la responsabilidad penal es altamente personal y que, por ende, no puede fundamentarse ningún reproche sobre la base de un tal deber conjunto¹³⁴⁴.

Por de pronto, desde el modelo de teoría del delito predominante, no deja de ser curioso el rápido y abierto rechazo que entre los defensores de esta estructura de imputación generan las tesis que requieren la “unidad o identidad” del “deber objetivo de cuidado infringido” por los potenciales coautores. En efecto, si —con arreglo a un extendido modo de proceder— la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado es un juicio cuyo contenido equivale a pronunciarse sobre la infracción del “deber de cuidado”, o sobre la superación del riesgo permitido, desde tales presupuestos, no debiese resultar en absoluto anómalo exigir, para la configuración de una relación de coautoría, que los intervinientes hayan creado un “mismo riesgo” o un “riesgo común”.

SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, p. 167, plantea que la exigencia analizada es superflua, sobre la base de que sería apenas discutible que los coautores tienen que infringir objetivamente de manera conjunta el mismo deber: por ejemplo, infringir conjuntamente la prohibición de matar a otro. Dejando al margen la identificación de categorías (entre exigencia de cuidado y norma de comportamiento) reconocible en la observación de Sung-Ryong, esta adquiere, no obstante, especial significado en un contexto en el que, cada vez más, la tendencia es unificar el “tipo objetivo” del injusto doloso y el imprudente por la vía de exigir en ambos la infracción de un “deber objetivo de cuidado”; si esto es así, desde el prisma de la doctrina probablemente hoy más extendida, no tendría que resultar excesivamente anómalo el intento de unificar por semejante vía —esto es, la de la creación de un mismo riesgo— el comportamiento típico de los coautores. Retornando al punto problematizado en el texto, véase también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 170, quien, por referencia a la tesis de Weißer, matiza que esta sería correcta, mas no su desarrollo: no es cierto que no puedan existir deberes con distinto contenido (y, con ello, la clase y ámbito de estos); más bien, lo que debiese ser igual es la competencia por la realización del tipo, que no es cuantificable. De ahí que, según van Weezel, la propuesta de Weißer adolezca del defecto de mezclar la pregunta acerca de la existencia del deber con el contenido del mismo.

¹³⁴³ Así, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 168, 214 y ss. Además, Häring crítica la exigencia de una lesión conjunta del deber invocando casos en que los sujetos realizan u omiten realizar una acción de manera independiente. Para ilustrarlo, Häring se sirve del ejemplo ya citado de los carceleros, matizando que, si ambos se quedasen dormidos, permitiendo con ello la fuga del reo, bajo la tesis de Roxin, no podría haber coautoría si uno de los carceleros hubiese estado junto a la celda y el otro, en cambio, en la entrada principal. Pero, en contraste con lo que sugiere la crítica de Häring, nada obsta a la posibilidad de que la misma exigencia de cuidado, que necesita ser adoptada por dos o más sujetos, sea infringida por estos mediante acciones u omisiones externamente heterogéneas, pero normativamente unitarias. Así, incluso si uno de los carceleros estuviese durmiendo, mientras el otro se encuentra distraído leyendo, ello en nada alteraría el hecho de que ambos estarían dejando de adoptar las medidas de cuidado que les permitirían estar en condiciones de evitar conjuntamente la realización del tipo. De ahí que, como se verá, debe distinguirse la forma de adopción del cuidado exigible y la clase de capacidad que se resguarda a través suyo.

¹³⁴⁴ Por ejemplo, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, p. 178; FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 232, nota 412.

Las consideraciones antes efectuadas permiten comprender por qué, entre quienes defienden la viabilidad teórica de una coautoría en el injusto imprudente, tienda a asumirse, como base constructiva, que los “deberes de cuidado” infringidos por los coautores puedan ser perfectamente distintos en contenido y que, con independencia de esto, siempre constituirían entidades deónticas cuya infracción requeriría ser analizada de manera estrictamente individual. En consecuencia, desde esa perspectiva de análisis, los presupuestos de los cuales depende que la realización del tipo sea imputable a título de coautoría —los que tradicionalmente se denominan sus elementos “objetivo” y “subjetivo”— antecederían a la pregunta, personalizada en cada coautor, relativa a la infracción de sus *respectivos* “deberes de cuidado”. De ahí que algunos lleguen a afirmar que, tratándose de una coautoría en el injusto imprudente, la contrariedad a cuidado seguiría siendo una propiedad predicable de los aportes individuales, pero nunca de la acción conjunta¹³⁴⁵.

A reserva de la alternativa teórica aquí favorecida, primeramente, urge clarificar qué cabría entender por “deber conjunto”. Por de pronto, haciendo abstracción —por mor del argumento— de la pertinencia de su designación como “deber”¹³⁴⁶, se cifrará la atención en la o las condiciones que permitirían caracterizarlo como “conjunto”. A tenor de las críticas acabadas de examinar, puede advertirse cierta tendencia a definir un deber conjunto por referencia al sujeto que es titular de tal deber; desde esa perspectiva, deber conjunto designaría el deber dirigido a un agente colectivo. Sin embargo, esta hipótesis debe descartarse inmediatamente, no ya porque se trate de una tesis excepcionalmente defendida¹³⁴⁷, sino porque toda instancia de coautoría —sea en un injusto doloso o imprudente— se fundamenta sobre la base de acciones conjuntas compuestas a partir de la reunión de acciones desplegadas por una pluralidad de agentes individuales. Con ello, ha de neutralizarse también la presunta asociación entre la existencia de eventuales deberes conjuntos y la suposición de un único sujeto global, ya que tal deber podría ser conjunto justamente a causa de compartirse entre varios individuos. Enseguida, tampoco es convincente la objeción según la cual la posibilidad de un deber conjunto sería incompatible con la noción misma de “deber de cuidado”, por su propia naturaleza,

¹³⁴⁵ En ese sentido, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 257 y ss., quien, por esta razón, se opone a la extendida caracterización de la coautoría en un injusto imprudente como un fallo colectivo (*kollektive Fehlleistung*). Ciertamente, ambas alternativas teóricas resultan recíprocamente incompatibles.

¹³⁴⁶ Como se ha insistido aquí, la expresión “deber de cuidado” es normológicamente inapropiada, pues podría confundirse con el deber de omitir o ejecutar una determinada acción que, para un sujeto en concreto, podría fundamentar la norma de prohibición o de requerimiento correspondiente. En detalle al respecto, VALIENTE IVÁÑEZ, «“Deberes de cuidado” e “incumbencias”», *Enfoques penales*, Abril (2019), *passim*. Véase también para esto *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.1., e *infra* en este mismo capítulo 2.2.

¹³⁴⁷ La más próxima en tal sentido es la “comunidad de descuido” sobre la que discurren RIEDO/CHVOJKA, *ZStrR*, 120 (2002), pp. 160 y s.

siempre personal. Frente a esto, cabría recordar que, del mismo modo en que ocurre con las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas, los estándares deónticos articulados bajo la forma de una medida de cuidado también son objetivos, al construirse situacionalmente en función de lo que cualquiera, en posición de el o los sujetos en cuestión, tendría que haber realizado para asegurar sus capacidades psicofísicas de evitación. Los conocimientos y capacidades personales de tal o tales sujetos juegan un rol en el juicio relativo a la *imputabilidad* del quebrantamiento de esa medida de cuidado, mas no en la construcción del parámetro con el cual se compara su comportamiento; si este fuese construido de manera *ad-hoc*, esto es, con exclusivo arreglo a las capacidades personales de los sujetos involucrados, no podría operar como estándar de conducta. Por ello, tampoco tendría que resultar excluida desde un plano conceptual la posibilidad de una medida conjunta de cuidado. Dicho esto, puede ahora descenderse a la especificación de las propiedades que determinarían que una medida de cuidado cuente como conjunta.

Con arreglo a las opiniones antes revisadas, en principio, podrían considerarse como criterios idóneos el contenido de tales medidas de cuidado y la forma en que los sujetos resultan obligados a su adopción. Pero la dificultad que inmediatamente amenaza a tales pautas de reconocimiento es que, como se ha visto, siendo perfectamente posible imaginar que dos o más sujetos tengan que adoptar una medida de cuidado idéntica en contenido, y que incluso situacionalmente resulte necesario que ellos la apliquen de manera conjunta, elevar tales requisitos a condición necesaria, en efecto, constituiría una restricción —ya al margen de su ámbito aplicativo— teóricamente injustificada, pues lo que en primera línea tendría que interesar es el vínculo funcional que puede establecerse entre las respectivas exigencias de cuidado. Piénsese en el contexto de una intervención quirúrgica en la que participan médicos cirujanos, médicos anestesistas, enfermeros y auxiliares de enfermería: siendo evidente que durante la intervención cada uno debe aplicar cierto tipo de precauciones, determinadas por las funciones específicas que cada cual desempeña en ella, no por esto tendría que quedar excluida desde el inicio una eventual coautoría, si la infracción de cada una de tales medidas ha impedido que aquellos sujetos se encuentren en condiciones de evitar realizar conjuntamente un determinado hecho delictivo¹³⁴⁸.

¹³⁴⁸ Como se lee en la muy precisa caracterización de VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 201, de lo que se trata, en efecto, es de identificar una intersección (*Schnittmenge*) entre las medidas de cuidado que necesitan adoptar quienes conjuntamente realizan una determinada acción. Sin embargo, a diferencia de lo que patrocina van Weezel, el plano en que se entrecruzan tales deberes difícilmente podría quedar definido de manera exclusiva con arreglo al contexto comunicativo que fija la llamada semántica del contacto social (*ibidem*, p. 207). En efecto, dicho contexto únicamente constituye una herramienta *más* de cara a la comprensión del auténtico objeto de análisis (el comportamiento conjunto de varios sujetos), pero no el objeto en cuanto tal; por ello, la indagación no puede quedar cifrada al hallazgo de cómo el comportamiento de varios se dejaría interpretar desde dicha semántica social, pues entonces el *explanans* tomaría el lugar del *explanandum*.

En contrapartida con las recién ponderadas, las tesis que individualizan en cada coautor el juicio relativo a la infracción de una medida de cuidado, por comprenderlo como un asunto independiente del que decide sobre la imputación de la realización del tipo como actuación conjunta, también enfrentan sus propias dificultades. La medular de ellas reside en el riesgo de articular esta estructura de imputación como una mera agregación de comportamientos individuales contrarios a cuidado, dejando oculto así el hecho de que su capacidad de rendimiento está radicalmente supeditada a la posibilidad de que fundamente apropiadamente una instancia de *evitabilidad conjunta*. Con otras palabras, así concebida, la coautoría en un injusto imprudente sería articulada como una prestación antinormativa conjunta y, separadamente, como una acumulación de acciones individuales contrarias a cuidado, en circunstancias de que la marca que permite diferenciar estas constelaciones de la mera pluralidad de autorías individuales imprudentes descansa en que aquí se trata de prestaciones que han de resultar conjuntamente contrarias a cuidado. Si a dos o más sujetos se imputa como conjunta la realización de un tipo delictivo, el hecho de que sus comportamientos individualmente considerados hayan infringido una exigencia de cuidado, por sí mismo, es un dato que nada dice sobre la presencia de un *déficit compartido* con cargo al cual pueda explicarse por qué podría imputárseles aquel hecho *qua* realización conjunta. En fin, como se aprecia, nuevamente el compromiso teórico que subyace a esta segunda vía constructiva, que independiza a la autoría de la respectiva modalidad de imputación subjetiva, trae causa en la suposición de que el concepto de (co)autoría sería no solo teórica, sino también pragmáticamente independiente del respectivo criterio de imputación subjetiva, hipótesis que ha sido continuamente resistida en esta investigación¹³⁴⁹.

Así las cosas, la coautoría en un injusto imprudente requiere de una acción conjuntamente contraria a cuidado. En primer lugar, esta podría identificarse en comportamientos homogéneos que infringen medidas de cuidado de idéntico contenido. Así sucede, de manera paradigmática, en el *Caso de las rocas rodantes*, como en general en las constelaciones en las que dos o más sujetos tendrían que haber aplicado una misma medida de cuidado para preservar o asegurar sus respectivas capacidades individuales y, por esa vía, su capacidad de evitar conjuntamente la realización del tipo¹³⁵⁰. Pero también

¹³⁴⁹ Sobre la necesidad de construir el concepto de autoría sobre una relación agencial y, por ende, con arreglo a la idea de la evitabilidad de un suceso, en detalle, *supra* Cap. Cuarto, apdo. II.2.

¹³⁵⁰ Cfr. MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 83, bajo la formulación de una “infracción de deber conjunta” personalmente imputable a los coautores; y EL MISMO, *RCP*, 3 (2015), p. 20, refiriéndose a la “infracción compartida de una exigencia de cuidado”. Desde otro punto de vista, véase también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 200, quien puntualiza que no se trata de la “lesión de varios deberes”, sino de una “lesión colectiva de deber”. Bajo la tesis propuesta por van Weezel, el elemento de la unidad de la lesión del deber tendría que ser construido a nivel normativo, sin perjuicio de lo cual, también desde esa perspectiva se volvería necesario distinguir a la coautoría, en tanto que “competencia conjunta” por el hecho, de la “mera competencia cumulativa de varios”, conducente a una autoría paralela.

es factible, amén de frecuente, que tales medidas de cuidado sean heterogéneas en contenido, aunque funcionalmente vinculadas entre sí, ya que su adopción, del mismo modo que en el caso anterior, habría posibilitado que los sujetos conservasen o asegurasen su capacidad de evitar conjuntamente la realización del tipo. Nótese que bajo esta formulación del argumento no pretende ocultarse el hecho de que cada sujeto tiene que preocuparse de conservar sus propias capacidades, ni tampoco la circunstancia de que, ya individualmente considerados, sus comportamientos podrían ser autónomamente contrarios a cuidado; por el contrario, se trata de enfatizar que la adopción de tales medidas de cuidado tendría que haberles permitido situarse en una posición tal de que hayan sido capaces de poder evitar con u otros una determinada instancia de realización típica. Dado que el *explanandum* en toda potencial coautoría en un injusto imprudente viene ya *determinado* por la realización conjunta de ese hecho, su evitabilidad no podría quedar apropiadamente fundamentada de manera individual, lo que significa decir: las infracciones individuales de tales exigencias de cuidado, por sí mismas, son estériles en términos explicativos con respecto a un suceso que se exhibe como conjuntamente deficitario; más bien, bajo tales condiciones, el *explanans* de ese suceso solo podría elaborarse por referencia al fallo colectivo que tales comportamientos representan en su conjunto. Con ello, aunque la capacidad de evitación conjunta de dos o más sujetos dependa directamente del aseguramiento de sus respectivas capacidades individuales, la primera de ellas no es en absoluto reducible a estas últimas.

Por lo demás, conviene recordar que, en el contexto de una imputación jurídico-penal, las medidas de cuidado operan como estándares de conducta que están destinados a cumplir una función *adscriptiva*, por lo que su capacidad de rendimiento, lejos de agotarse en la constatación de su quebrantamiento —en cuyo caso cumplirían solamente una función prescriptiva—, está destinada a suministrar una explicación, mediante el establecimiento del respectivo nexo de imputación, de por qué uno o más sujetos han realizado (individual o conjuntamente) un determinado tipo delictivo bajo condiciones deficitarias¹³⁵¹. Con ello, no es necesario que entre las medidas de cuidado infringidas exista una relación de identidad numérica —esto es, que se trate de una “sola” infracción—, ni tampoco de una identidad cualitativa en cuanto a su contenido —esto es, que se trate de una “misma”

¹³⁵¹ Que necesita tratarse de una unidad en términos fundamentalmente explicativos es algo sugerido, aunque sin detenerse mayormente en este aspecto, también por WEIßER, *JZ*, 5 (1998), p. 236, para quien solo cuando los intervinientes “pueden rendir cuenta de la lesión del mismo deber de cuidado”, puede tratarse del mismo delito, y entonces venir en consideración una imputación recíproca de sus contribuciones. Por su lado, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen*, p. 181, si bien desde una perspectiva “objetivista” de la coautoría en el injusto imprudente, y a pesar de los reparos que le merece la tesis de la “unidad del deber objetivo de cuidado”, concede que, en cierto modo, puede hablarse de una forma de imprudencia recíproca (*gegenseitige Fahrlässigkeit*), pues el reproche por imprudencia que recae sobre cada interviniente se funda en un comportamiento propio contrario al deber de cuidado, pero que debe relacionarse con el de los demás, y conjuntamente entre ellos conducir a la realización del tipo.

infracción—, siempre que se dejen reconocer como una *infracción unitaria* —esto es, como partes integrantes de una unidad— que permita comprender y explicar la posición (deficitaria) que cada uno de los sujetos ha ocupado en el contexto de la realización conjunta de un hecho¹³⁵².

Por de pronto, interesa anticipar la eventual objeción que podría enfrentar la tesis según la cual se precisa de la infracción conjunta de una medida de cuidado, cuando tal medida se concreta en la necesidad de que dos o más sujetos adopten exigencias de cuidado con distinto contenido. Piénsese, por ejemplo, en un inmueble que se derrumba, provocando la muerte de varias personas, a causa del análisis superficial del terreno efectuado por el proyectista *P* y la mala calidad de los materiales escogidos por el maestro constructor *C*. Que las precauciones específicas que cada uno haya debido adoptar exhiban distinto contenido entre sí no alteran el hecho de que estas se insertan en el contexto del aseguramiento de su capacidad de estar en condiciones de evitar la realización conjunta de un comportamiento que podría llegar a satisfacer la descripción de algún tipo delictivo. Obsérvese, sin embargo, que lo mismo ocurre en un injusto doloso. Por ejemplo, si *A* aplica intimidación en la persona de *C*, mientras *B* se apodera de su cartera, es la misma norma de comportamiento —inferida pragmáticamente del tipo de robo— la que se concreta en distintos deberes de abstención para *A* y *B* —para *A*, el de abstenerse de intimidar a *C*; para *B*, el de no apoderarse de una cosa perteneciente a *C*—, pero fundamentados ambos por el deber de abstenerse de robar a otro, al que se encuentran conjuntamente sometidos, y cuya infracción, por lo tanto, tendrían que haber evitado conjuntamente. Lo mismo rige, *mutatis mutandis*, respecto de una medida de cuidado que para los potenciales coautores podría haberse especificado en la necesidad práctica de aplicar exigencias de cuidado con distinto contenido.

Por el momento, lo que ha interesado enfatizar es que, así como dos o más sujetos pueden quebrantar conjuntamente una norma de comportamiento, nada anómalo envuelve la posibilidad de infringir conjuntamente una exigencia de cuidado. De nuevo, esto no

¹³⁵² Desde otra perspectiva y en un contexto más general, SCHNEIDER, A., *ZJS*, 4 (2013), p. 363, advierte la posibilidad de identificar en la infracción de medidas de cuidado de varios sujetos una unidad de acción (en sus palabras: “un proceso conjunto contrario a cuidado visto como unidad de acción”), de forma análoga a la realización iterativa de comportamientos descuidados que provienen de un solo sujeto. Ahora bien, nótese que, según Schneider, las reglas que gobiernan la unificación de acciones tendrían que modificarse en los delitos imprudentes, ya que en ellos no habría ninguna “voluntad unitaria”, por lo que su lugar tendría que ocuparlo la “causación unitaria del resultado” (así ya ROXIN, *PG*, t. II, § 33/67). Esta última aseveración es problemática, y solo puede comprenderse a partir del solapamiento de los presupuestos de los cuales depende la configuración del nexo intersubjetivo propio de una acción conjunta, por un lado, y el eventual criterio de imputación subjetiva, por otro; a cambio de ello, acaso convendría precisar: que en los hechos imprudentes no exista una “voluntad unitaria” dirigida a la realización de varias acciones contrarias a cuidado no significa, sin embargo, que necesariamente deba faltar la “voluntad unitaria” dirigida a la realización de varios comportamientos ejecutados *en forma intencional* (sea que provengan de uno o más sujetos), aunque no ejecutados *con la intención* de infringir una o más medidas de cuidado.

significa que a los coautores en un injusto imprudente se imputen “culpas ajenas”, pues, del mismo modo en que ocurre en una infracción de deber dolosa, en el injusto imprudente no se atribuye al potencial coautor las infracciones de cuidado en que han incurrido sus compañeros, sino la acción conjunta contraria a cuidado que ha realizado con ellos, y a cuya composición ha contribuido mediante su propia infracción¹³⁵³. Todo lo anterior redundaría en la paradoja, ya presentada a nivel general¹³⁵⁴, de que, en contraste con lo que sugeriría una primera mirada del problema, la vía más idónea de sortear una eventual transgresión al principio de autorresponsabilidad no consiste en aislar el comportamiento discreto de los potenciales coautores —tampoco en su condición de comportamientos contrarios a cuidado—, sino en reconocer los presupuestos y límites bajo los cuales resulta posible proceder a su unificación: en última instancia, (también) las acciones conjuntas son acciones propias. Como enseguida intentará mostrarse, tales presupuestos se dejan reconocer mediante el recurso a un silogismo secundario y la construcción del respectivo nexo de imputación; algunos de sus principales límites, en cambio, serán revisados en el siguiente capítulo, a propósito de la llamada “autoría paralela”.

2.2. Concreción de la exigencia de cuidado a partir del modelo del silogismo práctico

Como se ha insistido en esta investigación, la función que se encuentran consagradas a desempeñar las exigencias de cuidado consiste en preservar o asegurar el control físico y las capacidades epistémicas que permitirán a los coagentes, dadas ciertas circunstancias, estar en condiciones de —si se lo proponen— evitar la realización de un tipo delictivo. Por ende, su infracción eventualmente operará como un mecanismo de imputación por el déficit (circunstancial) de responsabilidad que, para los sujetos en cuestión, representa la merma o ausencia de sus capacidades, o bien la imposibilidad de su ejercicio, déficits cuya efectiva configuración, sin embargo, podría presentarse todavía como incierta en el momento en que los potenciales intervinientes han de aplicar la respectiva medida de cuidado. De ahí que, pese a tratarse de un juicio adscriptivo y de tener que formularse, por tanto, en clave retrospectiva —bajo el supuesto de que, al momento de realizar el tipo, los coagentes no pudieron evitar intencionalmente su realización—, en lo que afecta a la identificación del comportamiento que los sujetos tendrían que haber desplegado para no ponerse bajo tales condiciones deficitarias, resulte conveniente aplicar un esquema de

¹³⁵³ En contraste con la suposición de HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 259, según la cual, al referenciarse la contrariedad a cuidado a la acción conjunta, se corre el riesgo de atribuir responsabilidad a un sujeto que, habiendo participado en dicha acción, sin embargo, no ha infringido medida de cuidado alguna, es necesario insistir en que la inevitabilidad evitable conjunta que puede predicarse de dos o más sujetos, en tanto que potenciales coautores en un injusto imprudente, *también* tiene que originarse en la falta de ejercicio de las propias capacidades, *como medio* para el aseguramiento de una capacidad de evitación conjunta. En ese sentido, se trata de un comportamiento conjuntamente contrario a cuidado.

¹³⁵⁴ Como corolario de la revisión crítica de las lecturas individualizadoras de la coautoría. Al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. II.3.1.

deliberación con arreglo al cual sea posible especificar qué concreta medida de cuidado podían y les había resultado exigible adoptar. La reconstrucción de ese razonamiento, que sentará una de las bases del juicio contrafáctico por medio del cual se articula el correspondiente nexo de imputación, como se ha visto a nivel general, puede practicarse con apoyo en un silogismo *secundario*, mecanismo susceptible de fundamentar esa concreta exigencia de cuidado¹³⁵⁵.

El déficit específico que padecen los potenciales coautores en un hecho imprudente al momento de realizar el tipo puede ser analíticamente presentado como el fracaso en uno de los presupuestos de cuyo cumplimiento dependía el que aquellos sujetos hubiesen sido al menos capaces de omitir intencionalmente su realización. Por ejemplo, que, en el *Caso de la viga*, los operarios *A* y *B*, a partir de la norma que prohíbe matar a otro —cuyo seguimiento, bajo una hipótesis normativa, podría haber sido tenida como premisa mayor compartida en sus respectivos razonamientos— no hayan podido inferir, con necesidad práctica, el deber de abstenerse de arrojar una viga a la acera, en tanto que acción que condicionaría la muerte de un transeúnte —como conclusión común a sus razonamientos individuales—, es algo que se explica con cargo a un déficit compartido alojado en la premisa menor de sus respectivos razonamientos, ya que ellos no han advertido que, al realizar esa concreta acción —a saber: arrojar una viga—, probablemente ejemplificarían la clase de acción prohibida “matar a otro”.

Pero los protagonistas del ejemplo anterior podrían haber sufrido igualmente un déficit físico explicable con cargo a la falta de adopción de esa misma medida de cuidado. Para ello considérese la siguiente variación del *Caso de la viga*: solo segundos antes de arrojar la viga, los operarios *A* y *B* advierten que el transeúnte *C* será impactado si dejan caer la viga a la acera, lo que, sin embargo, ya no pueden controlar, a causa del elevado peso de la viga; *A* y *B* alertan a *C* para que se aparte, quien, empero, no puede escuchar los gritos de advertencia por llevar auriculares. Nótese que, bajo esta variante, en el preciso instante en que tiene lugar la realización típica, los operarios se han representado, como altamente probable, la posibilidad de que el comportamiento que conjuntamente realizan satisfará las circunstancias fácticas del tipo de homicidio, no obstante, en ese momento, carecen de las capacidades físicas necesarias para cumplir el deber de abstención que para ellos fundamenta esa norma de comportamiento. Así queda trazada en sus líneas generales la prestación de recurrir a un silogismo secundario: identificar aquello que los sujetos tendrían que haber hecho para conservar o asegurar sus capacidades físicas y epistémicas, de tal manera de estar en condiciones de cumplir con la concreta acción cuya abstención

¹³⁵⁵ Para la diferencia entre el silogismo primario y el silogismo secundario, bajo los cuales se puede fundamentar la imputación de primer nivel, véase *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2., con las respectivas referencias bibliográficas tanto en la teoría de la acción como en la dogmática penal.

o ejecución, con necesidad práctica, se sigue para ellos a partir de la norma de prohibición o de requerimiento, respectivamente¹³⁵⁶.

En este contexto, la estructura del silogismo secundario queda caracterizada por que su premisa mayor consistirá en el aseguramiento de las capacidades cuyo ejercicio permitirían a los coagentes, en una cierta y determinada situación, estar en condiciones de ejecutar u omitir la acción que aparece como conclusión de un silogismo primario. Así, el deber de “abstenerse de arrojar la viga a la acera”, conclusión del silogismo primario (cuya premisa mayor lo ocuparía la norma de comportamiento “prohibido matar a otro”), a su vez, forma parte de la premisa mayor de un silogismo secundario consistente en el objetivo de asegurar las capacidades que sean necesarias para que los coagentes, si se lo proponen —y esto, al igual que el seguimiento de la norma de comportamiento como motivo dominante, es algo que, bajo una hipótesis normativa, puede darse por supuesto¹³⁵⁷—, estén en condiciones de evitar la ejecución de la o las acciones que podrían ser instancias de matar a otro, y que se corresponden con el deber de abstención obtenido como conclusión del silogismo primario¹³⁵⁸. Esta estructura de análisis permite confirmar el carácter “parasitario” que exhibe la infracción de una medida de cuidado *con respecto a* la de una norma de comportamiento, puesto que su utilidad se obtiene exclusivamente del hecho de que, a raíz de su falta de adopción, se frustra para los coagentes la consecución del propósito (normativamente supuesto) de conservar capacidades cuyo ejercicio les habría permitido estar en condiciones de evitar la realización de un tipo delictivo. De ahí que, como ya se ha sugerido antes, en términos jurídico-penales, el cuidado en sí mismo no constituye “objeto de valoración”, pues el objeto valorado se corresponde únicamente con aquello a cuya protección, de modo mediato, favorecen las medidas de cuidado¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Para esto y lo que sigue, véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 23 y ss.

¹³⁵⁷ Esta formulación de la premisa mayor, susceptible de generalizar para cada silogismo secundario que pudiera sustentar la identificación y la infracción de una exigencia de cuidado, se basa —al igual que ocurre con el seguimiento de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas— en la suposición contrafáctica de que, si el agente hubiese advertido que la realización de un determinado comportamiento implicaría ulteriormente para él la privación o merma de sus capacidades psicofísicas de evitación, entonces habría adoptado la medida en cuestión. Sobre la premisa contrafáctica de que el autor se habría motivado conforme a la norma (de comportamiento), en caso de haber sido capaz de hacerlo, MAÑALICH, *InDret*, 1 (2013), p. 8. Extendiendo esta nota también a la premisa mayor del silogismo susceptible de fundamentar una imputación extraordinaria, TOEPEL, *Kausalität*, pp. 34 y ss.

¹³⁵⁸ Con otras palabras, en un silogismo secundario, en este contexto, el lugar de la premisa mayor está ocupado por el objetivo de resguardar las capacidades de evitación que le permitirían al o los sujetos en cuestión estar en condiciones de —si se lo propusieran— evitar la ejecución de una posible instancia de acción prohibida, o bien, de poder ejecutar una acción requerida. Al respecto, véase ya KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 73, para quien el motivo relevante para la ejecución de una acción previsoras es la creación de los presupuestos que deben darse para que una persona, llegado el caso, sea capaz de seguir una determinada norma de comportamiento.

¹³⁵⁹ Cfr. asimismo VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 11 y ss., quien, dentro de la variedad de patrones de inferencia que examina, introduce una diferencia entre una inferencia secundaria cuya premisa mayor está constituida no por el deber de hacer *x* (“*A must do x*”), sino por el objetivo de querer alcanzar *x* (“*A wants to attain x*”), y que se ofrece en este contexto como una herramienta especialmente útil de cara a reconocer que la normatividad envuelta en las exigencias de cuidado no es la misma que la susceptible de identificar en una norma de comportamiento, pues en las primeras se trata, fundamentalmente, de que el agente

Así como, para que la infracción de deber sea imputable a uno o varios sujetos a título de dolo, el silogismo primario ha de ser articulado desde la perspectiva de el o los agentes en cuestión —es decir, en primera persona (del singular o del plural, según sea el caso)—, desde el mismo prisma también ha de ser formulado el silogismo secundario con arreglo al cual se deja presentar el juicio de infracción de una concreta exigencia de cuidado¹³⁶⁰. Lo anterior se sigue del hecho de que, solo formulado de este modo, el silogismo podría informar acerca de las capacidades de los agentes de cuya eventual imputación *subjetiva* se trata. Por esto, la premisa menor (justamente denominada también como premisa de conocimiento), es decir, aquella que contiene los medios necesarios para la consecución del propósito que aparece en la premisa mayor (o premisa de intención), ha de contener una referencia a los estados cognitivos de los posibles coautores en un injusto imprudente. Únicamente de esta manera la infracción de la respectiva medida de cuidado podría *imputarse* a quienes tenían que (y resultaba exigible) haberla adoptado. La incorporación de este requisito se vuelve tan indispensable como evidente en un modelo en el que ya la propia imputación de una realización típica *qua* imprudente presupone cierto déficit en el sujeto (pasivo) de la imputación, por lo que la imputación extraordinaria fundamentada en la infracción de una exigencia de cuidado no podría, a su vez, sustentarse con arreglo a otra responsabilidad *indefinidamente* derivativa, esto es, por el propio déficit en la falta de adopción de aquella exigencia de cuidado¹³⁶¹. Desde luego, lo anterior no excluye la posibilidad de que los coagentes no hayan podido adoptar una medida de cuidado en función de haber infringido otra medida previa que sí estuvieron en condiciones de cumplir¹³⁶², sino solo aquellos casos en que, incluso retrocediendo pasos en el análisis, la infracción de la medida de cuidado no resulta imputable. Por esto, en pocas palabras, es necesario que la infracción de la medida de cuidado sea legítimamente imputable a los sujetos en cuestión y, para ello, a su vez, resulta indispensable atender a las capacidades de las que estos efectivamente disponían para darle cumplimiento¹³⁶³.

conservar para sí las capacidades que le permitirían alcanzar un objetivo ulterior, a saber: evitar la ejecución de una acción que podría ser instancia de un comportamiento prohibido.

¹³⁶⁰ Así, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 26 y s., p. 134. También TOEPEL, *Kausalität*, p. 35, presentando, además, el silogismo secundario desde la primera persona (del singular). Para la distinción entre patrones de inferencia en primera o tercera persona, VON WRIGHT, *Practical Reason*, pp. 3 y ss., 24 y ss. Nótese que la necesidad de formular la respectiva inferencia (sea primaria o secundaria) en *primera persona* es independiente del hecho de que ella lo sea en primera persona del singular o del plural.

¹³⁶¹ De otra manera se haría verídica la objeción de un *regressus ad indefinitum* con la que ocasionalmente debe lidiarse en el ámbito de la filosofía moral la responsabilidad fundamentada con arreglo a una estrategia de rastreo conocida como *tracing*.

¹³⁶² Esto ocurre especialmente en constelaciones que la doctrina dominante trabaja bajo el rótulo de imprudencia “inconsciente”. Véase al respecto MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 724 y ss.

¹³⁶³ Con más detalles sobre esto, véase *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2.

Efectuadas estas consideraciones preliminares, pueden presentarse ahora los *esquemas* de razonamiento que podrían y habrían debido tener lugar en coagentes a quienes se imputará la realización de un tipo delictivo *qua* imprudente. En lo que sigue, no se trata de reproducir el razonamiento efectivo de los coautores en un injusto imprudente, sino nada más que de una representación del que tuvo que haber tenido lugar de manera tal que los sujetos hubiesen podido adoptar la medida de cuidado cuya aplicación les habría permitido asegurar sus respectivas capacidades de evitación. Nuevamente, utilizando como ejemplo el *Caso de la viga*, un silogismo primario formulado en primera persona del plural exhibiría la siguiente estructura:

- (i) Si reconocemos la prohibición de matar a otro como razón vinculante, (premisa mayor);
- (ii) y advertimos que, de arrojar esta pesada viga sobre otro, podríamos causar su muerte (premisa menor);
- (iii) entonces, debemos no arrojar una esta pesada viga sobre otro (conclusión)¹³⁶⁴.

Como se aprecia en el *Caso de la viga*, la posibilidad de que, a partir de la norma de comportamiento “prohibido matar a otro”, los operarios puedan fundamentar el deber consistente en “no arrojar una pesada viga sobre otro” depende decisivamente de cómo esté construida la premisa menor de ese silogismo primario, es decir, que los sujetos hayan podido reconocer en su comportamiento concreto una instancia de la clase de acción prohibida. Si esto es así, y los sujetos cuentan además con las capacidades físicas necesarias para haberse abstenido de realizar esa acción, en principio, no habría obstáculo para imputar a tales sujetos un potencial homicidio a título de dolo. Ahora bien, para que los operarios estén en condiciones de abstenerse de arrojar una pesada viga sobre otra persona, resulta indispensable que resguarden o aseguren las capacidades físicas y/o epistémicas que, llegado el momento, les permitirían estar en condiciones de no ejecutar esa instancia de acción prohibida. De esta manera, como se anticipó, para reproducir el razonamiento que habría de tener lugar en sujetos respecto de los cuales se asume (como hipótesis normativa) el propósito de resguardar sus propias capacidades de evitación puede recurrirse a un silogismo secundario, que también requerirá ser formulado en primera persona del plural:

¹³⁶⁴ Acerca de la posibilidad de formular un razonamiento en primera persona del plural (esto es, bajo un “*modo-nosotros*”) sin que ello implique de manera alguna asumir un compromiso ontológico con la idea de un “único sujeto de la intención”, sino solo de una pluralidad de agentes individuales que actúan bajo la modalidad de un “sujeto intencional plural”, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. I.2.1.

(iv) Si reconocemos la necesidad de resguardar nuestras capacidades de evitación en aras de estar en condiciones de cumplir conjuntamente con el deber descrito en (iii), (premisa mayor);

(v) y advertimos que la medida de cuidado x (v. gr., abstenernos de arrojar la viga, utilizar medios más seguros, solicitar la ayuda de terceros, etc.) es idónea para satisfacer (iv), (premisa menor);

(vi) entonces, tenemos que adoptar conjuntamente la exigencia de cuidado x (conclusión).

Como se aprecia, en el silogismo secundario en primera persona del plural recién expuesto el lugar de la premisa mayor aparece ocupado por el objetivo de conservar las capacidades psicofísicas cuyo ejercicio posibilitaría que, bajo ese específico contexto, los coagentes estén en condiciones de evitar conjuntamente matar a otro por la vía de arrojar encima suyo una viga, lo que representa, a su vez, la acción en cuyo deber de abstención se ha concretado para ellos la norma “prohibido matar a otro”, como premisa mayor del respectivo silogismo primario. Dicho más explícitamente: la premisa mayor del silogismo secundario no está constituida por el deber de omitir o de ejecutar la acción que cuenta como posible instancia de realización de un tipo delictivo, sino por el de mantenerse en condiciones tales de ser capaz —en este caso, capaces— de evitar su realización¹³⁶⁵. Pues bien, este objetivo de conservar las propias capacidades tiene la prestación fundamental, bajo el caso y el esquema de análisis presentado, de “favorecer” el sostenimiento del silogismo primario de A y B , mediante el aseguramiento de sus capacidades epistémicas tendentes al reconocimiento de que su comportamiento podría ejemplificar una clase de

¹³⁶⁵ De ahí que la formulación aquí seguida difiera parcialmente de la ofrecida por TOEPEL, *Kausalität*, pp. 34 y ss., para quien, en cambio, la premisa mayor del silogismo secundario tendría que ser presentada del siguiente modo: “yo quiero ser capaz de, dado el caso, evitar la realización del tipo penal x ”. A raíz de lo anterior, bajo la propuesta de Toepel, la premisa menor habría de incluir una “medida precautoria z ”, cuya adopción, dado el caso, permitiría al agente ser capaz de evitar la realización del “tipo penal x ”. La formulación anterior enfrenta la dificultad de que parece no contar suficientemente con el factor azar, pues, así como entre la falta de adopción de una concreta exigencia de cuidado y la realización de un tipo delictivo no existe una relación causal, tampoco la tiene que haber (necesariamente) entre su efectiva adopción y la falta de realización de ese tipo. Al margen de lo anterior, las medidas de cuidado pertinentes están destinadas a resguardar las capacidades de evitación de agentes concretos, bajo circunstancias concretas, de cara a la evitación de la realización de concretas instancias de acciones prohibidas. El esquema propuesto por Toepel, en cambio, parece sugerir una relación normológica de corte deductivo entre las normas de comportamiento y las medidas de cuidado. Por el contrario, la exigencia de cuidado es estrictamente situacional dado que su individualización requiere tener en cuenta (ya en la premisa mayor del silogismo secundario) qué clase de capacidades ha de resguardar el agente de cara a la omisión de aquella acción o acciones cuya omisión les resulta prácticamente necesaria (con arreglo a la conclusión del respectivo silogismo primario). Tal requerimiento puede reconocerse en la tesis proyectada por MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 134, nota 148, para quien este silogismo secundario se construye sobre “la premisa constituida por el desiderátum de asegurar la posibilidad y la propia capacidad de quedar en condiciones de omitir o ejecutar, en conformidad a deber, la *correspondiente acción principal*”. (Cursivas añadidas). Por otro lado, puntualizando la dependencia de la determinación del cuidado exigido a la situación a la concreta, véase ya ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 297, 301 y 304.

acción prohibida (premisa menor del silogismo primario), o bien, mediante el aseguramiento de sus capacidades físicas de, llegado el momento, realizar u omitir la acción en que para ellos se ha concretado, con necesidad práctica, la respectiva norma de comportamiento. Ahora bien, nótese que la premisa mayor de este silogismo secundario no contiene la concreta medida de cuidado que los sujetos en cuestión han de adoptar. Desde luego, ello no solo porque, como en cualquier silogismo, es la premisa menor, y no la mayor, la que indica los medios necesarios para la consecución del objetivo propuesto, sino fundamentalmente debido al hecho de que, como enseña la dogmática de la imprudencia, no existe una única forma de resguardar o asegurar las propias capacidades de evitación, ni, con ello, una sola posibilidad de actuación conforme a cuidado¹³⁶⁶, sino todas las que resulten idóneas de cara a la conservación de las capacidades de evitación, aunque, desde luego, referidas a la acción concreta designada en la conclusión del silogismo primario.

Es capital insistir en que la premisa menor de este silogismo secundario se encuentra, por así decirlo, al servicio de la premisa mayor de ese mismo silogismo, y *no* al de la del primario (al menos, no directamente). En efecto, si los coagentes dejan de adoptar la o las medidas de cuidado que aparecen en la premisa menor del silogismo secundario no por ello estarán ejemplificando la clase de acción prohibida o requerida en la respectiva norma de comportamiento. Si los operarios no se abstienen de arrojar la viga, no utilizan medios más seguros, ni solicitan la ayuda de otros, no por tales razones, desde ya, fracasará el objetivo fijado en la premisa mayor del silogismo primario, ni se tratará, por ende, de un comportamiento contrario al deber fundamentado en ese mismo silogismo. Más bien, tales acciones solo constituyen un medio para que los coagentes se mantengan en condiciones tales de evitar la ejecución de un comportamiento contrario a deber; en breve, son acciones auxiliares¹³⁶⁷. Por otro lado, aunque el silogismo secundario esté formulado en primera persona —del plural, en este caso—, es igualmente crucial notar que, tanto en el ejemplo utilizado como en cualquier otra posible instancia de comportamiento imprudente, la *determinación* de la o las medidas de cuidado *apropiadas* de cara al objetivo consistente en conservar las propias capacidades (de cara a la ejecución o abstención de una determinada acción) sigue siendo una operación estrictamente objetiva, ya que depende de lo que resultaría situacionalmente idóneo para cualquiera que esté posicionado en el contexto de esos sujetos. Pues la expectativa que un ordenamiento jurídico cifra en relación con cómo tendrían que comportarse quienes se encuentran bajo una determinada situación riesgosa o se desenvuelven en un determinado sector del

¹³⁶⁶ Así, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 70 y ss.

¹³⁶⁷ KINDHÄUSER, *REJ*, 22 (2015), pp. 23 y ss.; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria*, pp. 332 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 74. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2.

tráfico no se define con arreglo a lo que dicho ordenamiento espera de sus destinatarios individuales *por ser tales*, sino por la situación o el contexto antes señalado¹³⁶⁸.

A raíz de lo anterior, qué concretas precauciones, exámenes previos, omisiones, etc., se presentan como medios objetivamente eficaces de cara a preservar o asegurar las capacidades de evitación de los sujetos involucrados es algo que se determina situacionalmente con arreglo a la posición que ellos ocupan. Sin embargo, esto no significa en modo alguno que el juicio relativo a la *infracción* de este estándar de cuidado tenga que *reducirse* al comportamiento que el respectivo ordenamiento hubiese esperado de todo aquel que se sitúa en el contexto de los coagentes, ni tampoco que dejen de considerarse las capacidades y conocimientos de tales sujetos, pues la imputación de la infracción de una exigencia de cuidado se encuentra por definición supeditada a las capacidades con las que ellos habrían dispuesto para satisfacer dicha expectativa. Debido a lo anterior, la premisa menor del silogismo secundario también debe contener una referencia a los estados cognitivos de los coagentes. Ciertamente, este razonamiento podría haber sido formulado en tercera persona —refiriéndose así indiscriminadamente a los conocimientos y capacidades que tendría un hombre medio o modelo que participa en ese sector del tráfico—, sin embargo, bajo dicha estructura no permitiría sustentarse la imputación *subjetiva* de tales coagentes, pues, así obtenida, la conclusión del silogismo tampoco podría revestir la condición de necesidad práctica.

Por otro lado, nótese que la idoneidad de la concreta medida de cuidado que ha de venir en consideración dependerá tanto de la acción (potencialmente delictiva) de cuya omisión o falta de ejecución se trata, como también, y en función de esto último, de las específicas capacidades cuyo resguardo o aseguramiento interesa. Debido a esto, como queda ilustrado en (v), las medidas de cuidado idóneas para tales efectos pueden ser múltiples¹³⁶⁹. Pero, además, ha de considerarse el carácter inherentemente situacional de esta operación, que, según las particularidades del caso, podría conducir a valoraciones diferenciadas. Así, en un supuesto como el *Caso de la viga*, la solución de la disyuntiva que ofrecen la exigencia de abstenerse de ejecutar una acción peligrosa, por un lado, y la de realizarla, pero una vez aplicadas las medidas de aseguramiento pertinentes, por el otro, podría depender, *v. gr.*, de la dificultad de la maniobra, del horario en que se realiza,

¹³⁶⁸ En este sentido, véase KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), p. 20; MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 21 y ss.; REYES ROMERO, *PC*, 19 (2015), pp. 60 y ss., 84 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 160 y s., nota 95. Al respecto, a nivel general, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2.

¹³⁶⁹ En ese sentido, la prestación del riesgo permitido puede ser comprendida como cláusula normativa que economiza dicho análisis, decidiendo *a priori* y en términos generales —a diferencia de una causa de justificación— qué estándar de cuidado se entiende suficiente y jurídicamente exigible a los sujetos en pos de conservar sus capacidades en ciertos ámbitos.

la frecuencia de transeúntes, la pericia de los operarios, entre otras variables sensibles al contexto.

Por último, en la conclusión de un silogismo secundario, bajo cuya estructura es susceptible de fundamentar una posible instancia de injusto imprudente, aparece la medida de cuidado especificada ya en la premisa menor, pero ahora como una concreta exigencia de cuidado. Así, la idoneidad que hace de esa acción auxiliar un medio apropiado para que, cualquiera que esté situado en la posición de los coagentes, pueda preservar las capacidades que, en su caso, requieren ser aseguradas de cara a la específica acción principal que, también en su caso, necesita ser omitida o ejecutada, adquiere para ellos una función normativa bajo la forma de una concreta exigencia de cuidado, esto es, bajo la forma de una “necesidad práctica secundaria”, ya que son *tales sujetos* quienes se encuentran bajo las circunstancias específicas que hacen necesaria su aplicación.

Puede entonces retornarse, una vez más, al *Caso de la viga*. Tanto si los operarios no han advertido la presencia de un transeúnte y por esta razón se ven incapacitados de reconocer en su comportamiento conjunto una instancia de realización conjunta del tipo de homicidio (un déficit epistémico alojado en la premisa menor del silogismo primario), cuanto si los mismos operarios, habiendo advertido la presencia de un transeúnte, tras perder el control de la pesada viga, no pueden ya evitar la realización conjunta el tipo de homicidio (déficit físico que les impide cumplir con el deber de abstención que se obtiene como conclusión del silogismo primario), falla en cada caso un presupuesto necesario para la imputación, a título de dolo, de un homicidio en coautoría. Como se ha visto, trabajando con alguna de tales incapacidades como hipótesis se torna útil el recurso a un silogismo secundario. Pues, a partir de la evidencia de que los operarios pudieron y les resultaba exigible haber adoptado una medida de cuidado que resguardara, según el caso, las capacidades físicas y epistémicas necesarias para estar en condiciones tales de no arrojar una viga sobre otro sujeto, en tanto que posible instancia de la clase de acción “matar a otro”, entonces, aquella incapacidad actual que excluye una imputación ordinaria se vuelve reconducible a un comportamiento que, sin embargo, sí era conjuntamente evitable, a saber: la infracción conjunta de una medida de cuidado.

2.3. Carácter individualizador del juicio de imputación por la infracción conjunta de una exigencia de cuidado

Como se anticipó, las medidas de cuidado idóneas de cara a la conservación o aseguramiento de las propias capacidades de evitación pueden especificarse bajo una multiplicidad de formas. Dicha heterogeneidad vuelve útil, como instrumento de análisis, lo que tradicionalmente se ha distinguido en la dogmática de la imprudencia como

“cuidado interno” y “cuidado externo”, y que, en realidad, corresponden a dos componentes o aspectos en que se manifiesta el cuidado exigible, en tanto que categoría unitaria, antes que condiciones aisladas entre sí¹³⁷⁰.

Según su caracterización más general, el componente “interno” del cuidado exigido está referido al ejercicio de las capacidades cognitivas que permitirían a los sujetos advertir la posibilidad de realizar un tipo delictivo¹³⁷¹. En consecuencia, este aspecto del cuidado se encuentra funcionalmente conectado con la previsibilidad de una instancia de realización típica¹³⁷². La observación y —de ser menester— la revisión de las circunstancias que rodean la realización de un comportamiento son necesarias en orden a identificar la clase de medida de cuidado cuya adopción permitiría neutralizar los riesgos asociados a la ejecución del primero. La falta de consideración de tales factores de riesgo puede redundar en que no se adopte medida de cuidado alguna al respecto —de ahí la extendida fórmula: “peligro advertido, peligro conjurado”—, mientras que una observación apresurada, irreflexiva o superficial de la entidad del peligro reconocido puede aparejar la aplicación de una medida de cuidado inidónea de cara a su neutralización. Constituyen ejemplos paradigmáticos de lo primero los casos en que los sujetos no advierten en absoluto el peligro asociado a su comportamiento, como ocurre, por ejemplo, en el *Caso de las cerillas*, en el que los sujetos ignoran la posibilidad de que se produzca un incendio tras encender cerillas en la penumbra de una fábrica, así como, en general, en todos aquellos casos en que los potenciales coautores no se representan fenoménicamente la posibilidad de realizar un tipo delictivo, aunque sí son, cuando menos, disposicionalmente conscientes de realizar la acción que es instancia particular de ese riesgo general. En cambio, una valoración incorrecta de la entidad del peligro, como se señaló, puede conducir a que los sujetos escojan una medida de cuidado insuficiente de cara al resguardo de sus propias capacidades de evitación. Esto ocurrió, por ejemplo, en el *Caso de las*

¹³⁷⁰ Sobre el valor fundamentalmente didáctico (mas no categorial) aquí asignado a la taxonomía “cuidado interno” y “cuidado externo”, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.2.

¹³⁷¹ Véase al respecto, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 72, para quien el cuidado interno es una directriz normativa para la formación de una correcta representación de la situación objetiva. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., § 55 I. 1, advirtiendo que de la identificación del peligro se deriva el deber de desarrollar un comportamiento externo adecuado.

¹³⁷² De ahí que, como se ha insistido, la determinación de la o las medidas de cuidado concretamente exigibles a un sujeto sea inherentemente dependiente de la clase de comportamiento de cuya evitación se trata, y que el contenido de tales medidas se construya como respuesta a la pregunta de qué es aquello que los sujetos en cuestión tendrían que hacer de manera tal que la realización del tipo les resulte previsible. Al respecto, REYES ROMERO, *Polít. Crim.*, 19 (2015), pp. 72 y ss., concluye que no es posible diferenciar la previsibilidad y la conducta concreta que cumple tal exigencia, pues la determinación de la medida de precaución específica “no puede sino incorporar la observación de los peligros asociados a su comportamiento”. Ahora bien, el hecho de que —como acertadamente señala Reyes— la previsibilidad se encuentre mediada por la adopción de una concreta exigencia de cuidado, y, a su vez, esta haya de ser construida en función de las condiciones bajo las cuales la realización del tipo sería un suceso previsible para el agente, no obsta a la posibilidad de que se distinga entre el objetivo perseguido (asegurar la propia capacidad de evitación) y el medio idóneo para alcanzarlo (la respectiva exigencia de cuidado).

rocas rodantes, en el que, antes de hacer rodar las rocas, desde la propia cima del monte uno de los jóvenes consultó la presencia de alguien en la llanura, representando ello una medida precautoria manifiestamente insuficiente en pos de contrarrestar un riesgo que, de haber sido comprendido en sus cabales dimensiones, habría ameritado la adopción de otra clase de medidas (la más segura a la par que obvia: la de abstenerse de ejecutar esa clase de acción peligrosa). El aspecto interno del cuidado exigido también puede manifestarse en la necesidad de que, durante el ejercicio de una misma actividad, los sujetos sometan a reconsideración las medidas inicialmente adoptadas, teniendo que aplicar, eventualmente y de modo sobreviniente, medidas adicionales. Lo anterior explica por qué esta manifestación del cuidado se encuentra íntimamente ligada a algo que, sin embargo, suele ser tematizado como categoría aparte, a saber, el llamado “deber de información previa”. Por último, los casos genuinos de ignorancia deliberada también permiten dar cuenta de un ejercicio deficitario del cuidado interno, aunque en una dirección exactamente inversa a la de los supuestos anteriores. En efecto, en estos últimos casos, los agentes involucrados carecen de una capacidad actual que les permita evitar la realización del tipo —siempre sobre la hipótesis de que la ignorancia a este respecto es auténtica—, de manera que su peculiaridad y mayor gravedad descansan en que los sujetos realizan acciones justamente en orden a mantenerse en un estado de ignorancia.

En lo que específicamente concierne a la modalidad de actuación conjunta, como es obvio, el llamado “cuidado interno” no podrá ser adoptado, literalmente, en términos conjuntos, pues se trata de que cada uno de los sujetos despliegue el esfuerzo cognitivo necesario de cara al reconocimiento del riesgo asociado a la acción que conjuntamente realiza con otro u otros. Como ya se ha sostenido, nada anómalo subyace a la posibilidad de un déficit epistémico compartido¹³⁷³, bastando para tales efectos que, de haber ejercido respectivamente sus capacidades cognitivas, cada uno de los sujetos hubiese podido advertir la posibilidad de realizar el tipo. Ahora bien, sí cabe enfatizar que, a diferencia del hecho imprudente que resulta imputable a un sujeto que actúa en solitario, tratándose de una eventual hipótesis de coautoría, y puesto que el quebrantamiento de la norma tiene lugar mediante una acción conjunta, es necesario que la previsibilidad capte dicha forma de realización del hecho. El aspecto apuntado podría adquirir relevancia si, dadas las circunstancias concretas, desde el punto de vista de uno de los sujetos, se tuviese por imprevisible que, por ejemplo, su comportamiento descuidado individual redundaría en

¹³⁷³ De otra opinión, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 283, quien desecha esa posibilidad, por la vía de exigir que la previsibilidad sea predicada de manera individual respecto de cada coautor. Según la tesis que aquí se defiende, en cambio, la previsibilidad individual no es en absoluto incompatible con la posibilidad de un déficit epistémico compartido en la medida en que, en efecto, cada uno de los potenciales coautores, de modo contrario a cuidado, no hubiese previsto la realización conjunta del tipo en cuestión, pudiendo haberlo hecho. La necesidad de que, al igual que el déficit epistémico, el suceso haya sido previsible para *todos* los coautores descansa en la incompatibilidad de una relación de agencia compartida, por un lado, y un desnivel epistémico cualitativo entre los potenciales coautores, por el otro.

la realización del tipo, pero este desenlace, en cambio, se tuviese por previsible bajo su consideración como parte de una acción conjunta; y a la inversa: que respecto de un sujeto se dé por previsible que su comportamiento (activo u omisivo) satisfaría las circunstancias fácticas de un tipo delictivo, mas no que lo realizaría conjuntamente con otro u otros¹³⁷⁴.

Tratándose de la imputabilidad de la infracción del aspecto interno del cuidado exigido, como ya anticipaba la formulación del silogismo secundario bajo el cual se presenta el razonamiento que pudo y tuvo que haber tenido lugar en los potenciales coautores, resulta indispensable que la premisa menor incluya una referencia al contenido epistémico de tales sujetos¹³⁷⁵. A este último respecto, rigen, pues, las consideraciones generales ofrecidas a propósito de la previsibilidad en el injusto imprudente, sin perjuicio de lo cual pueden puntualizarse algunos extremos.

En primer lugar, si, pudiendo haber advertido el riesgo de la actividad que conjuntamente realizan, dos o más sujetos lo desconocen por completo o creen erróneamente que no se materializará en la realización conjunta de un tipo delictivo, resulta perfectamente irrelevante el origen de lo que, en definitiva, constituye para todos ellos una falta de previsión. Por ejemplo, tratándose de una operación quirúrgica en la que intervienen dos cirujanos, es posible que, por parte de uno de ellos, la falta de reconocimiento del peligro de realizar el tipo de lesiones se deba a que, en ese instante, se encontraba profundamente cansado, especialmente distraído con asuntos familiares que lo aquejaban, al hecho de haber olvidado sus lentillas en casa, etc., mientras que, para el otro de los médicos intervinientes, en cambio, esa falta de reconocimiento podría fundarse, por ejemplo, en una indebida preparación o en la falta de experiencia necesaria para participar en una operación como esa, y que, sin embargo, aseguraba ostentar, etc. De hecho, es irrelevante que para uno de ellos el desconocimiento de estar realizando las circunstancias fácticas de un tipo delictivo se refleje en la *creencia errónea* de que este no tendrá lugar, y, para el compañero, en cambio, en una *absoluta ignorancia* al respecto, dada la equivalencia

¹³⁷⁴ Esto se vuelve especialmente problemático en casos de causalidad cumulativa, pues, si los agentes, individualmente considerados, ignoran que su comportamiento convergerá con otros en la producción de un determinado resultado, la previsibilidad de este último podría aparecer inmediatamente comprometida. En otros términos, aun cuando pudiera reconocerse en el comportamiento de cada sujeto la parte necesaria de una condición mínima suficiente para el acaecimiento de un resultado, si este devino como imprevisible de configurar, desde el punto de vista de cada agente (de nuevo, individualmente considerado), la imputación subjetiva del hecho habría de añadir un factor: si tales sujetos hubiesen previsto que su comportamiento podría converger con el de otros y, de esta manera, producir en conjunto un resultado, ello acaso podría representar una razón adicional para que cada uno guarde el cuidado exigido.

¹³⁷⁵ Cabe advertir que, por imputabilidad de la infracción de la respectiva exigencia de cuidado, en este contexto solo se está significando la pregunta acerca de las capacidades físicas y epistémicas que operan como presupuesto para que los sujetos hubiesen podido aplicar la medida de cuidado en cuestión, y no, en cambio, a la presencia de condiciones que les hubiesen permitido motivarse conforme al propósito de resguardar sus propias capacidades de evitación. De esto último depende, en sentido restringido, la culpabilidad *por* un injusto imprudente.

pragmática entre ambas categorías. Lo importante es que cada uno de los sujetos, de haber adoptado la medida de cuidado pertinente, hubiese estado en condiciones de advertir la posibilidad de realizar conjuntamente las circunstancias fácticas que satisfacen la descripción del respectivo tipo delictivo. Desde luego, el desconocimiento de los factores de riesgo de producción de un resultado no vuelve a este último, de manera automática, en imprevisible. En ocasiones, el desconocimiento de tales factores de riesgo (a raíz de una infracción del llamado “deber de información” o de “examen previo”) o el emprendimiento de una acción sin contar con las capacidades necesarias para ello (la así llamada “imprudencia por asunción”), desde ya, podrán ser considerados también como comportamientos contrarios a cuidado.

Otro aspecto que requiere mención son los conocimientos especiales con los que podría contar cada uno de los potenciales coautores. Considérese de nuevo el ejemplo de los médicos que intervienen en una operación quirúrgica. Si uno de ellos, a raíz de conocer una enfermedad preexistente en el paciente, que sin embargo no está apuntada en la ficha médica, sabe que la operación reviste un riesgo más alto del que el resto del equipo quirúrgico cree que tiene, y que habría hecho necesaria la adopción de mayores precauciones, entonces solo obrarán dentro del riesgo permitido —en la medida en que dicho conocimiento es justamente *especial*— quienes desconocen dicha circunstancia¹³⁷⁶. Pero asimismo podría darse el caso exactamente inverso, y que no uno, sino todos los sujetos involucrados carezcan del mínimo bagaje epistémico necesario para advertir, ya en su condición general, la clase de peligro que se concreta en su acción. De este modo, ni siquiera hurgando en lo que cabría denominar —con terminología de Searle¹³⁷⁷— el “trasfondo” de estados intencionales de los sujetos involucrados podría identificarse una razón epistémica para que ellos se hubiesen identificado en la necesidad de adoptar una determinada medida de cuidado, por lo que, en virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, tampoco podría imputárseles esa falta de cuidado. Supóngase, por ejemplo, que los jóvenes que protagonizan el *Caso de los petardos* provienen de un lugar en el que nunca tuvieron contacto alguno con semejante clase de materiales, que han recibido de regalo, y que manipulan desconociendo por completo su peligrosidad para la vida e integridad corporal de otras personas.

¹³⁷⁶ Plantea esta limitación también JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/13, a partir del siguiente ejemplo: desde la parte superior de un edificio, un experimentado maestro tejador y su joven aprendiz arrojan tejas al camino, y solo el primero de ellos, mas no el segundo, está en condiciones de advertir que, al estrellarse contra el suelo, los fragmentos del material pueden alcanzar hasta una distancia de 20 metros y lesionar a transeúntes. Según Jakobs, únicamente cabría responsabilidad al maestro, pero no así al aprendiz. Sin embargo, es discutible que para este último haya sido imprevisible la realización del tipo, pues, a pesar de su falta de experiencia, habría bastado averiguar si, en su caso, ya como conocimiento general de los peligros de la vida cotidiana, no podría haber reconocido en su acción la instanciación de una clase de acción peligrosa.

¹³⁷⁷ SEARLE, *Making the social World*, pp. 31 y ss.

Por otro lado, resulta asimismo fundamental que, en términos de previsibilidad, los sujetos no solo hayan estado en condiciones de evitar la realización de la acción que produce el resultado en cuestión, sino que además tiene que haber sido previsible (en sus aspectos esenciales) la forma en que este efectivamente tendría lugar¹³⁷⁸. Este presupuesto, destinado a evitar conclusiones versaristas, enlaza con el nexo de imputación (o de contrariedad a deber). Para ilustrar este extremo, supóngase el siguiente ejemplo:

El caso de las velas (variante). *A, B y C* ocupan una casa abandonada por sus propietarios. Cada noche iluminan el inmueble con velas, conscientes de que sus malas condiciones lo hacen especialmente vulnerable a un posible incendio. Durante una tarde, mientras *A, B y C* se ausentan de casa, *D y E* rocían gasolina en su interior con el propósito de quemar por diversión el inmueble que suponen deshabitado. Inseguros de si alguien los ha visto ingresar, *D y E* deciden desistir del plan, por lo que, acto seguido, se marchan sin limpiar. Esa noche, como de costumbre, *A, B y C* iluminan la casa con velas, sin percibir la presencia de restos de gasolina. Apenas se cae una de las velas al suelo, la casa comienza a arder en llamas. *A, B y C* resultan ilesos, pero el inmueble absolutamente calcinado.

En la variante recién incorporada es posible identificar problemas de diversa índole (causalidad, “co-autorías paralelas”, injerencia, entre otros), de los que, sin embargo, aquí solo interesa lo relativo a una eventual coautoría en un hecho imputable a imprudencia. Como estructura de imputación extraordinaria, ella ha de fundamentar la evitabilidad de la realización del tipo bajo las condiciones específicas en las que ha tenido lugar, y no simplemente como un mecanismo que adicione la realización del tipo a la infracción de una exigencia de cuidado. Ciertamente, al iluminar la casa con velas —en lugar de utilizar otro medio menos peligroso—, y especialmente contando con el mal estado del inmueble, *A, B y C* han incurrido en la infracción de una medida de cuidado. Sin embargo, si la producción del incendio ha sido condicionada por la presencia de gasolina en el suelo, y esta circunstancia no ha podido ser prevista por tales sujetos —supóngase, por ejemplo, porque la gasolina no era visible, ni perceptible su olor, ni había indicios de que terceros hubiesen ingresado a la casa—, entonces una mera “cognoscibilidad genérica” no basta para imputar *A, B y C* la realización del tipo de incendio a título de imprudencia. En definitiva, no sería determinante el presumible argumento de que, si no hubiesen encendido las velas, desde un inicio el incendio no habría tenido lugar, pues seguiría existiendo un factor de riesgo decisivo imprevisible para tales sujetos¹³⁷⁹.

¹³⁷⁸ Así, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/16.

¹³⁷⁹ Por su lado, el comportamiento conjunto de *D y E* merece una consideración y (eventualmente) una solución distinta. En efecto, *D y E*, por la vía de rociar gasolina en una casa y luego marcharse sin revertir el curso de riesgo, ciertamente, se han constituido en garantes por injerencia. Pero esto aún no decide nada sobre una posible imputación a título de imprudencia de un delito de incendio con peligro para la vida de terceros (en coautoría). Ello dependerá de si, para *D y E*, era posible anticipar que la casa ardería en llamas a causa de que, posteriormente, otros sujetos encenderían velas en su interior. A primera vista, también

El extremo antes apuntado —la previsibilidad de la realización del tipo bajo sus aspectos esenciales— también podría adquirir relevancia tratándose de supuestos informativos, aunque poco frecuentes, como son los de *aberratio ictus* en hechos, al menos *prima facie*, susceptibles de imputar a imprudencia. Imagínese el siguiente supuesto:

El caso del ventanal. Los trabajadores *A* y *B*, montados en un andamio, se proponen instalar un pesado ventanal en la parte frontal de la quinta planta de un edificio. Debido a que el andamio no se encuentra asegurado correctamente, y tras tambalearse, *A* y *B* pierden el control del ventanal, cuyos restos al caer a la acera no lesionan a ningún transeúnte, sino solamente a *C*, conductor de un automóvil situado a diez metros del edificio, que, con la ventana del conductor parcialmente abierta, esperaba que el semáforo cambiase de señal.

Sobre la premisa de que, ciertamente, la lesión de un peatón o incluso de conductores cuyos vehículos se encuentran cerca del sitio del suceso podrían contar como resultados previsibles, por otro lado, aunque imaginable, resulta a la vez imprevisible que, en un ejemplo como el expuesto, *A* y *B* hubiesen podido y tenido que representarse la posibilidad de lesionar a *C* —del modo en que ha tenido lugar el suceso— como una razón epistémica para aplicar la medida de cuidado cuya infracción podría haber fundamentado a su respecto una posible imputación a imprudencia¹³⁸⁰. Es decir, a pesar de que para los trabajadores habría sido previsible la lesión de otros transeúntes, no lo era tanto la del sujeto pasivo en concreto, por lo que el desvío no cognoscible de ese curso causal cierra la vía a una imputación extraordinaria por imprudencia. De afirmarse lo contrario, con base en que, de no haber infringido conjuntamente esa medida de cuidado, *A* y *B* habrían estado en condiciones de evitar lesionar a *C*, de nuevo, se estaría sustentando un razonamiento de corte versarista.

En lo que afecta al aspecto “externo” del cuidado exigido, es decir, a la adopción de la concreta medida que, a partir del aseguramiento de las propias capacidades de evitación, permitiría neutralizar el riesgo de realización de un tipo delictivo, en lo fundamental, resultan trasladables a la actuación mancomunada de varios sujetos las manifestaciones tradicionalmente identificadas para el agente imprudente individual¹³⁸¹.

parece imprevisible. Tal consideración, sin embargo, podría variar si *D* y *E* estuvieron en condiciones tales de presumir que otros, al igual que ellos, ingresarían en una casa que, contra las apariencias, no estaba deshabitada. Ese conocimiento habría sido accesible a *D* y *E* si, por ejemplo, no existía ninguna dificultad para ingresar al inmueble, había indicios de alimentos y bebidas, posibles pertenencias de terceros, y, sobre todo, restos de velas no consumidas.

¹³⁸⁰ Respecto de la posibilidad de una “*aberratio ictus* imprudente”, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 9/21 c).

¹³⁸¹ Véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 132 y ss.; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 293 y s.; MIR PUIG, 10ª ed., *PG*, 11/30 y ss. Por su lado, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/41, diferencia para estos efectos entre deber de control y deber de abstención.

Con ello, el supuesto más sencillo a la par que frecuente es el que se refleja en la necesidad de, una vez reconocida la posibilidad de que cierta actividad conjunta riesgosa derive en la realización de un tipo delictivo, abstenerse de ejecutar dicha acción. Una plétora de casos aquí trabajados dan cuenta de ésta, que es la más elemental de las medidas de cuidado exigibles de adoptar, especialmente a la luz de la escasa, cuando no nula, utilidad social que ciertas actividades riesgosas reportan (v. gr. hacer rodar rocas desde la cima de un monte, hacer volar petardos, manejar una embarcación en estado de ebriedad, etc.). Sin que sea forzoso abstenerse de realizar el comportamiento en cuestión, hay otros casos en que el alto riesgo asociado hace exigible adoptar medidas de aseguramiento mínimamente razonables: por ejemplo, en *El caso de la viga*, trasladar de un sitio a otro mobiliarios o materiales pesados es un riesgo perfectamente cotidiano, pero, en ese caso, ciertamente, en lugar de arrojar la viga sin más desde la ventana hacia la acera, los operarios pudieron (y les resulta exigible) haber utilizado un medio más seguro, que no comprometiese la integridad corporal de transeúntes. De modo análogo, en *El caso de las cerillas*, sin que la sola circunstancia de iluminar un sitio oscuro represente un riesgo no permitido —siempre de cara al tipo de incendio—, ciertamente, los sujetos excedieron dicho riesgo al encender y dejar caer cerillas al interior de la fábrica, pudiendo (y resultándoles exigible) haber aplicado otra modalidad menos peligrosa de cara a la producción de un eventual incendio.

Asimismo, hay actividades que, precisamente en virtud de la incuestionable prestación social que cumplen en el desenvolvimiento de la vida cotidiana moderna, todavía podrían incardinarse dentro del riesgo permitido, para lo cual la normativa administrativa o los estándares técnicos que rigen su desarrollo cumplen una función indiciaria en un doble sentido. Sobre ello se volverá en el siguiente apartado.

También es posible que una amplia gama de eventuales constelaciones de coautoría en un hecho imprudente se dejen reconducir a una deficitaria o nula preparación de parte de quienes desempeñan sus actividades en ámbitos especialmente riesgosos. La falta de habilidades para desempeñarlas permite explicar casos de imprudencia por asunción, usualmente precedida de un juicio erróneo sobre las propias capacidades.

Así las cosas, como habrá podido apreciarse, en lo que hace a la falta de adopción conjunta de las manifestaciones externas del cuidado, resultan aplicables, *mutatis mutandis*, las disquisiciones preliminares a propósito de agentes imprudentes individuales. En efecto, del mismo modo en que la norma de comportamiento puede fundamentar un deber para un agente cuando este cuenta con las capacidades necesarias para darle seguimiento, también la medida de cuidado cuya adopción resulta situacionalmente idónea para

asegurar la capacidad de evitación de dos o más agentes solo puede vincularlos si ellos disponen de las capacidades necesarias para aplicarla. Como se ha insistido aquí, esto no supone otra cosa que considerar, en el juicio relativo a la infracción de la respectiva medida de cuidado, las capacidades individuales que los respectivos coagentes exhiben en el preciso momento en que les resulta exigible su adopción. Esto último abre la posibilidad de que la razón por la cual alguno de los sujetos resulta privado de sus propias capacidades de evitación no le sea *directamente* imputable a él, sino a la actuación de uno o varios de sus compañeros. Esta última hipótesis será analizada al hilo de la discusión sobre la así llamada “coautoría mixta”¹³⁸².

Por último, cabe registrar la posibilidad de divergencia en la gravedad de la imprudencia imputable a cada coautor. Dado que la apertura del *numerus clausus* al que se sujeta el castigo de la imprudencia suele encontrarse acompañada —como ocurre en el caso del CPE— por la exigencia de un determinado grado de imprudencia, podría ser que, por ejemplo, el hecho resulte imputable a un coautor por imprudencia grave, y a otro, en cambio, por imprudencia menos grave. Desde luego, este escenario presupone partir de la base de que la gravedad de la imprudencia descansa en la mayor o menor imputabilidad de la infracción de la medida de cuidado, y que, por lo tanto, aquí sí que se trata de un juicio referido individualmente a cada sujeto. Así, mientras menos esfuerzo hubiese significado para el autor adoptar el cuidado exigido, mayor será la intensidad del reproche por su infracción. Por ello, como la pregunta no concierne a la forma, sino al grado de evitabilidad, es factible que existan divergencias entre coautores. Un ejemplo de ello podría ser el de un cirujano que tiene una dilatada trayectoria y amplia experiencia en cierta clase de operaciones complejas, y que practica una intervención quirúrgica junto con otro que, a pesar de actuar igualmente en contravención de la *lex artis*, sin embargo, debido a su inexperiencia, no habría podido prever la producción del resultado lesivo del mismo modo que el primero. En consecuencia, si se trata de un delito de homicidio o de cierta clase de lesiones, el *numerus clausus* de la imprudencia —a la luz del CPE— todavía podría abrirse para el caso de que se califique la imprudencia del segundo de tales cirujanos como menos grave. Bajo tales condiciones, aunque las normas de sanción aplicables sean distintas, no habría obstáculo en considerarlos coautores, pues seguiría tratándose del quebrantamiento conjunto de la misma norma de comportamiento. En cambio, si se trata de hechos delictivos en los que la incriminación solo se encuentra abierta para casos de imprudencia grave, respecto de aquel coautor cuya falta del cuidado exigido no alcance a fundamentar dicha intensidad, desde luego, no existirá norma de sanción alguna que aplicar.

¹³⁸² Cfr. *infra* Cap. Octavo, apdo. III.3.

2.4. El riesgo permitido y el principio de confianza como límites al cuidado jurídicopenalmente exigible

Puesto que no basta con que los sujetos hayan advertido la necesidad (y estado en condiciones) de aplicar una medida de cuidado que les hubiese permitido resguardar o asegurar individualmente su capacidad de evitación conjunta, sino que además se requiere que el resguardo o aseguramiento de tales condiciones les haya resultado jurídicopenalmente exigible, es pertinente registrar algunas notas en torno a la aplicación del riesgo permitido y del principio de confianza. En este contexto de análisis, las categorías dogmáticas del “riesgo permitido” y el “principio de confianza” no tienen por objeto fundamentar, sino limitar una posible imputación a título de imprudencia. Si uno o varios sujetos exceden los niveles de riesgo jurídicamente tolerados o no pueden confiar legítimamente en la actuación conforme a cuidado de otro u otros, *tales circunstancias* no harán del suyo un comportamiento imprudente, sino que solamente mantendrán abierta la vía a una posible imputación por imprudencia fundada en la falta de adopción de la medida de cuidado que a tal o tales sujetos resultaba situacionalmente exigible.

El riesgo permitido, como es ampliamente sabido, opera como un criterio que delimita la medida de cuidado que necesita aplicarse en el desenvolvimiento de actividades que por su propia naturaleza asocian el peligro inherente de redundar en el menoscabo de bienes jurídicos de terceros. Esta categoría delimita *objetivamente* la concreta medida de cuidado aplicable, pues no mira específicamente a los agentes involucrados, por predicarse de ciertas *clases* de acciones que, en virtud de su aceptación generalizada, se tienen por “permitidas” respecto de cualquier sujeto que esté situado en dicho sector del tráfico. Este análisis indiferenciado, cifrado a la clase de acción desplegada, y no a la situación del agente involucrado, ya denuncia suficientemente que el riesgo permitido no es una causa de justificación. Al contrario, a través del recurso a esta categoría los ordenamientos jurídicos “relevantan” a los sujetos que participan en ciertos ámbitos de tener que adoptar precauciones *adicionales* tendentes a la conservación o aseguramiento de sus capacidades, pudiendo desenvolverse en tales sectores (de riesgo) siempre que, desde luego, se atengan al respectivo margen de riesgo jurídicamente tolerado¹³⁸³.

Como suele admitirse, el grado de concreción de ese riesgo depende de cuán reglado se encuentre el sector del tráfico en cuestión, pudiendo configurarse, en algunos casos, mediante un variado haz de disposiciones administrativas, normas técnicas, estándares o sistemas de regulación específicos de ciertos ámbitos y/o profesiones, y en otros casos, en cambio, a partir de lo que se denomina como riesgos generales o de la vida cotidiana.

¹³⁸³ Cfr. MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 26 y ss.; REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 152 y ss.

En este último sentido, cuando los contornos de la tolerancia social de tales riesgos no se encuentran precisamente definidos, puede favorecerse, bajo la suerte de una directriz general, la regla de que cuanto menor es el riesgo, mayor ha de ser la utilidad de la acción que lo crea¹³⁸⁴. Bajo ese parámetro, y aun cuando el libre esparcimiento pueda considerarse en sí misma como una actividad valiosa, también desde una perspectiva social, desde ya, resulta casi auto-evidente que varios de los supuestos más paradigmáticos de coautoría en un injusto imprudente que aquí se han revisado no podrían considerarse cubiertos por el riesgo permitido. Así ocurre, entre otros, con el *Caso de las rocas rodantes*, el *Caso de los petardos* o el *Caso de las cerillas*, pues cada uno de ellos está referido a acciones conjuntas cuyo alto riesgo de redundar en la lesión de importantes bienes jurídicos de terceros no se ve en absoluto compensado por los beneficios derivados de su ejecución.

Como fuese anticipado, quienes durante la realización de actividades que, dependiendo del caso, pueden ser más o menos peligrosas, permanecen bajo el nivel de riesgo que el ordenamiento respectivo decide *soportar* como umbral, en principio, no deben responder por las consecuencias jurídico-penales derivadas de su ejercicio. Con otras palabras: si en el contexto de tales actividades se genera un déficit que incapacita a los sujetos de evitar la realización de un tipo de delito, este no les será imputable a título de imprudencia. A lo anterior subyace la hipótesis de que, aun cuando los sujetos ajusten su comportamiento a los estándares de riesgo jurídicamente tolerados, subsiste la posibilidad de padecer eventuales déficits en sus capacidades de evitación, toda vez que el umbral de “lo permitido” no coincide con aquel que anularía el riesgo asociado a la actividad en cuestión, y ni siquiera con uno que lo haría altamente neutralizable, sino únicamente con el que admite compatibilizar el desenvolvimiento de esa actividad útil y el consenso social que le sirve de legitimación¹³⁸⁵. Por esto, en sentido estricto, los ordenamientos jurídicos no exigen de sus sujetos normativos un comportamiento cuidadoso, sino solamente uno *conforme a cuidado*, esto es, dentro del riesgo “permitido”.

Algunas razones de por qué el riesgo permitido no opera como permisión —ni en sentido fuerte, ni en sentido débil— han sido ofrecidas a propósito de la estructura del injusto imprudente¹³⁸⁶. En este contexto de análisis, en cambio, interesa más enfatizar lo siguiente: el riesgo permitido solo puede venir en consideración si se presupone que los

¹³⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 132 y ss.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 10/7.

¹³⁸⁵ Pues, como puntualiza CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 311 y ss., lo que se valora a través del riesgo permitido no es el “ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa, sino el riesgo existente que no resulta abarcado por el deber objetivo de cuidado (...)”. Sobre el riesgo “residual” que aun consigo deja la adopción del cuidado exigido, y, con ello, la actuación dentro del riesgo “permitido”, véase también REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, p. 154.

¹³⁸⁶ Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.

sujetos en cuestión han carecido de las capacidades necesarias para evitar intencionalmente la realización del tipo¹³⁸⁷. Imagínese, por ejemplo, que un químico farmacéutico, tras acceder a una investigación todavía inédita acerca de los altamente probables efectos perniciosos de cierto medicamento para la salud humana, y antes de que la autoridad administrativa decreta la prohibición de su comercialización, comunica esta situación a los directivos de la farmacia, quienes, pese a la información recibida, y pudiendo retirar el medicamento del mercado, deciden comercializar sus últimas remesas. La potencial imputación a título de dolo a los directivos de las lesiones sufridas por los consumidores del medicamento podría fundarse, en un caso como el descrito, en que no resultaría de recibo asilarse en el carácter formalmente “permitido” de cierta actividad peligrosa en circunstancias de que ya se contaba con herramientas epistémicas que favorecen una capacidad de evitación intencional en lo que respecta, en este caso, a las lesiones de ciertos consumidores¹³⁸⁸.

Pues bien, los extremos generales recién enunciados resultan totalmente trasladables a la actuación conjunta (y no meramente concurrente) de varios sujetos. Con todo, lo que interesa destacar aquí es lo siguiente: si la incapacidad de evitación que padecen dos o más sujetos se funda en no haber asegurado sus capacidades más allá de lo jurídicamente exigible, el riesgo permitido operará como límite a la imputación por imprudencia solo respecto de aquellos que, en efecto, no hayan sobrepasado ese umbral. En consecuencia, si uno de los sujetos ejecuta una acción que, individualmente considerada, excede el riesgo permitido, ya no podrá beneficiarse del hecho de que los demás sí hubiesen actuado dentro de los márgenes jurídicamente tolerados. A la inversa, salvo que hayan tenido que contar con dicha posibilidad, estos últimos no podrán verse afectados —como enseguida se verá a propósito del principio de confianza— por el hecho de que, en la ejecución de sus respectivas partes de una acción conjunta, otro u otros hayan excedido los respectivos parámetros de riesgo. Aunque elementales, ambas precisiones contribuyen a enfatizar que la coautoría en un injusto imprudente necesita mostrar la existencia de una acción *conjuntamente* contraria a cuidado. Con ello, si las partes componentes de la respectiva acción conjunta, individualmente consideradas, exceden ya el riesgo permitido, esto no cerrará el debate de cara a la hipótesis que aquí tendría que interesar, a saber: que la acción conjunta, constituida a partir de la reunión de las contribuciones individuales prestadas

¹³⁸⁷ Como señala KINDHÄUSER, *InDret*, 4 (2008), p. 23, la pregunta acerca de la medida mínima de capacidad que es esperada de un sujeto no resulta aplicable cuando este actualmente se encuentra en posición de evitar un determinado resultado. En ese mismo sentido, MAÑALICH, *RCP*, 3 (2015), pp. 27 y s.

¹³⁸⁸ Por lo demás, es concebible que, dadas ciertas circunstancias especiales, pueda producirse un acelerado avance en el conocimiento científico de una cierta materia o disciplina, que acabe determinando un rápido desfase con la normativa administrativa. Sobre esto último, véase SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, pp. 18 y s.

por los intervinientes, excede los parámetros de riesgo tolerados¹³⁸⁹. De esta manera, no solamente se conserva una correlación armónica entre la realización conjunta del hecho y el carácter conjuntamente descuidado de los comportamientos que tendrían que haber situado a los coautores en posición de evitar la realización del tipo, sino que dicho modo de proceder viene sugerido por la posibilidad, nada extravagante, de que el riesgo proveniente del desempeño de una actividad conjunta se diluya en la ejecución de una larga serie de partes componentes que, individualmente consideradas, sin embargo, todavía conseguirían mantenerse dentro de los niveles de riesgo jurídicamente tolerados. Piénsese, por ejemplo, en industrias que deben mantenerse por debajo de ciertos índices de contaminación atmosférica. De este modo, se evita la suerte de fraude de ley que podría configurarse por la vía de una dilución preordenada del riesgo no permitido de una acción conjunta en varias unidades permitidas de riesgo¹³⁹⁰.

Si ya en ciertos ámbitos generales de la vida cotidiana se descarga a los sujetos de incluir en su comportamiento un pronóstico referido al de terceros, por partirse de la base de que dicho gravamen epistémico dificultaría en grado sumo o incluso inhabilitaría las propias posibilidades de actuación, las dimensiones de semejante problema se acentúan en contextos de división del trabajo, en los que se torna prácticamente inevitable que el resultado de las acciones propias se vea, en mayor o menor grado, expuesto a la influencia de lo que otros hacen, correctamente o no. Tal como ocurre en supuestos de riesgo permitido, quienes están amparados por el principio de confianza no necesitan asegurarse ni cerciorarse de que, así como ellos mismos, aquellos otros, con quienes intervienen en el desenvolvimiento de un mismo riesgo, han adoptado efectivamente las medidas de cuidado que les resultaban exigibles, pues ese desconocimiento está compensando por la protección jurídica que alcanza a su expectativa de cumplimiento. Una tal expectativa de actuación conforme a cuidado se basa igualmente en un requerimiento de racionalidad práctica: en contextos de división de labores, si un sujeto, además del propio, por principio tuviese que velar o preocuparse por la conformidad a cuidado del comportamiento de otros, entonces se vería seriamente dificultada la realización exitosa de ambos¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ De otra opinión, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 282, quien, además de considerar —junto con la doctrina dominante— el riesgo permitido como categoría excluyente de la imputación objetiva, para el ámbito de la coautoría, considera que este ha de ser analizado respecto de las contribuciones de cada uno de los coautores, que ya de manera individual han de crear un riesgo jurídicamente desaprobado. Por esto, de acuerdo con la propuesta de Häring, la acción conjunta causante del resultado solo sería vista como riesgo no permitido en tanto que “portadora” (*Träger*) de las infracciones individuales al deber de cuidado.

¹³⁹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, p. 44, quien apunta la necesidad de distinguir del riesgo permitido el “fenómeno de la acumulación de riesgos separadamente insignificantes”.

¹³⁹¹ Para un análisis pormenorizado de las distintas propuestas de fundamentación del principio de confianza, véase por todos MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, pp. 156 y ss.

Pero al extremo recién esbozado subyace un trasfondo teórico que conviene explicitar. En efecto, si se reconsidera que las acciones conjuntas constituyen acciones auténticamente propias —o, dicho de otro modo: si las acciones propias no se restringen únicamente a las acciones individuales—, ya no resulta en absoluto evidente el hecho de que el principio de confianza pueda explicarse de manera autosuficiente como una manifestación del principio de responsabilidad por el hecho propio. Contra tal reducción, que *a contrario sensu* invitaría a suponer que la falta de aplicación del principio de confianza abre la vía a la responsabilidad por hechos ajenos, cabría asimismo reconvenir como sigue: a quien sabe que su comportamiento individual constituye (a la vez) una parte componente de una acción conjunta no tendría que resultar sin más indiferente el carácter contrario a cuidado (o eventualmente antijurídico) de las demás partes componentes a dicha prestación colectiva. Por esto, como se enunció, la fundamentación del principio de confianza, al menos en contextos de lo que Jakobs ha denominado “división vinculante del trabajo”¹³⁹², necesita incluir una referencia al hecho de que, incluso tratándose de la realización de una acción genuinamente conjunta, sigue siendo legítimo esperar que los demás coagentes desempeñen sus contribuciones individuales conforme a cuidado, sin que a este respecto sea exigible —por pragmáticamente poco eficiente— que, en principio al menos, los sujetos tengan que fiscalizarse unilateral o recíprocamente entre sí¹³⁹³. De esta manera, por aplicación del principio de confianza, lo que realmente se impide en estos específicos contextos de actuación coordinada no es que a un sujeto resulte imputable el comportamiento contrario a cuidado de otro u otros, sino su propio desconocimiento en lo que afecta al carácter descuidado de una parte de la acción que despliega conjuntamente con otro u otros. Por esto, como es ampliamente reconocido, tal principio cumpliría la prestación de separar “esferas de responsabilidad”. De todo lo anterior se sigue que una eventual responsabilidad a título de coautoría solo podría venir en consideración si, justamente por aplicación del principio de confianza, dicha responsabilidad no se ha visto bloqueada respecto de alguno de los intervinientes. Formulado de otro modo: la aplicación (o no) del principio de confianza es previa a la determinación de una eventual responsabilidad a título de coautoría, ya que la falta de un criterio de imputación subjetiva que fundamente por qué a un sujeto podría imputársele la realización de un hecho obsta a que surja la pregunta sobre el cómo tendría lugar esa imputación, es decir, bajó qué modalidad o esquema objetivo de adscripción. Por esto el principio de confianza y la coautoría *no* son institutos incompatibles¹³⁹⁴.

¹³⁹² En contraposición con una “división restringida (o separadora) del trabajo”. Cfr. JAKOBS, *CPC*, 85 (2005), pp. 71 y ss.; EL MISMO, *Teoría de la intervención*, pp. 54 y ss.

¹³⁹³ Precisamente como, en general, opera el riesgo permitido. Sobre el principio de confianza como un supuesto de aplicación del riesgo permitido, véase, por ejemplo, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/22.

¹³⁹⁴ De otra opinión, BÖHRINGER, *Fahrlässige Mittäterschaft*, p. 86, quien sugiere que el principio de imputación recíproca de los aportes, característico de la coautoría, vaciaría de contenido y haría superfluo el principio de confianza. En cambio, para un adecuado reconocimiento de la relación entre las categorías de la intervención delictiva y el principio de confianza, véase VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*,

Pues bien, dicha limitación a una posible imputación por imprudencia no se configura si se presenta alguna de las llamadas excepciones a la posibilidad de confiar (mejor: a la protección de la expectativa) de que otro u otros se comportarán conforme a cuidado¹³⁹⁵. Sobre la base de que el solo hecho de confiar en el comportamiento conforme a cuidado de terceros podría representar en sí mismo un riesgo —ya que el hecho de contar con la falta de cuidado de terceros podría conducir, por el contrario, a reforzar las propias capacidades de evitación—, también a propósito del principio de confianza existe cierto umbral hasta el cual resultaría jurídicamente tolerable un “margen de error sobre la actuación de otros”¹³⁹⁶; ese umbral es el que se construye con base en tales limitaciones. Entre ellas se encuentran, en primer lugar, aquellas situaciones que, de haber sido conocidas o advertidas desde un inicio, habrían impedido la respectiva delimitación de los marcos de responsabilidad, como son los casos en que, por circunstancias que afectan personalmente a quien está a cargo de una determinada tarea —por ejemplo, no estar en condiciones apropiadas para ejecutarla, o carecer de la información, preparación o medios necesarios para llevarla a cabo—, hacen previsible el incumplimiento de las medidas de cuidado que pesan sobre él. En segundo lugar, los casos en que los sujetos a cuyo comportamiento se encuentra dirigida dicha expectativa ya han infringido antes la medida de cuidado que se esperaría que apliquen, o si incluso actualmente se encuentran infringiéndola. También puede haber casos, en tercer lugar, en los que, dadas ciertas circunstancias especiales que rodean a la ejecución de una tarea en concreto, resulte previsible que los sujetos en cuestión no podrán ejecutarla de manera apropiada, y, por lo tanto, no exista ninguna expectativa que proteger jurídicamente a este respecto. Por último, y con especial relevancia para las constelaciones que aquí interesan, tratándose de relaciones de carácter vertical es usual que sobre el superior pesen deberes (residuales) de coordinar, controlar o supervisar el correcto desempeño de las tareas encomendadas a sujetos subordinados, y cuyo incumplimiento por parte del superior podría redundar en una limitación al principio de confianza.

pp. 218 y ss., aunque advirtiendo que el segundo únicamente jugaría un rol en la definición del riesgo no permitido en casos de división del trabajo (y, con ello, en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad entre los garantes por la no producción de un resultado), pero no está en condiciones de fundamentar “mancomunidad” entre los intervinientes, por lo que el principio de confianza nada diría acerca de si, por dicho riesgo no permitido, habrá de responderse solitaria o conjuntamente. Desde la perspectiva aquí favorecida, en cambio, así como el riesgo permitido, tampoco el principio de confianza está consagrado a establecer el respectivo objeto de imputación, sino que constituye una limitación a una posible imputación por imprudencia, por la vía de establecer el cuidado exigible a uno o más sujetos. Sobre este asunto, véase también PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13 ff/165, para quien el sentido del principio de confianza no descansa en restringir la responsabilidad del causante de un resultado, cuya infracción del deber de cuidado ya estaría fijada, sino justamente en determinar el propio deber de cuidado del interviniente.

¹³⁹⁵ Para lo que sigue, véase MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal*, pp. 120 y ss.

¹³⁹⁶ REYES ROMERO, *Ius et Praxis*, (1), 2015, p. 165.

Ahora bien, recuérdese, sin embargo, que el hecho de que a raíz de alguna de aquellas restricciones no resulte aplicable el principio de confianza no significa necesariamente que los sujetos eventualmente responsables cuenten como *coautores*¹³⁹⁷. Pues, según lo señalado antes, el principio de confianza solo delimita el cuidado exigible, mas su falta de aplicación no involucra como consecuencia necesaria la afirmación de un objeto de responsabilidad compartida. Por el contrario, este último solamente se configurará si, en adición a la comprobación del carácter descuidado de las contribuciones de cada uno de los sujetos, la reunión de semejantes infracciones de cuidado admite interpretarse como una infracción de deber unitaria, para lo cual habrá de tratarse de medidas de cuidado funcionalmente vinculadas entre sí. Recurriendo nuevamente a un ámbito paradigmático, esto es lo que ocurriría si, en el contexto de una operación quirúrgica, la infección intestinal sufrida por el paciente se debiera tanto al hecho de que el cirujano ha dejado una pinza al interior de su organismo, como también a que el enfermero ayudante no ha cumplido con su deber de contar el instrumental utilizado al acabar la operación. Ambos sujetos podían confiar en que el otro actuaría conforme a cuidado y, sin embargo, no podrían pretender asilarse recíprocamente en dicha circunstancia, dado que las respectivas bases (individuales) de imputación siguen siendo reconocibles en sus respectivos comportamientos contrarios a cuidado, en los que se sustentaría la atribución de ese comportamiento conjunto deficitario, que para ellos podría representar un objeto (común) de imputación¹³⁹⁸.

2.5. El nexo de imputación entre la acción conjunta contraria a cuidado y la realización conjunta del hecho

En términos generales, y a reserva de las precisiones que en este apartado se introducirán, las preguntas que tradicionalmente convoca el nexo de imputación —al que también se ha llamado relación de riesgo, conexión de antijuridicidad o, de manera más extendida, conexión de contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)— se dejan formular y responder, al menos desde un plano teórico, en forma unitaria. El trasfondo de tales problemas no tiene que ver directamente con el número de intervinientes ni, desde luego, con la eventual condición de coautores que ellos pudieran revestir. Así, y según se ha

¹³⁹⁷ Cfr. VAN WEEZEL, «Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?», en EL MISMO, *Penas y sentidos*, p. 379, quien acertadamente advierte que las modalidades de intervención delictiva constituyen la principal, y acaso más ventajosa, pero no única alternativa de cara al surgimiento de la responsabilidad por un hecho.

¹³⁹⁸ En aras de no incurrir en imputaciones versaristas no puede privarse a un sujeto de invocar el principio de confianza por *el solo hecho* de que él también ha actuado de manera contraria a cuidado, ni mucho menos, por esto, atribuírsele el deber de evitar la materialización de riesgos provenientes de la actuación de sus compañeros. Sin embargo, lo anterior tampoco podrá servir a dicho sujeto en descargo de *su propia* falta de cuidado, especialmente cuando el contenido de las medidas de cuidado infringidas por cada interviniente es distinto. Al respecto, véanse las observaciones de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 318; y de PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13 ff/165.

insistido en esta investigación, aunque para el establecimiento del *concreto* nexo de imputación que vincula la infracción de una específica exigencia de cuidado y una determinada instancia de realización típica, ciertamente, no pueda resultar indiferente la clase de relación agencial subyacente entre los sujetos que infringen aquella exigencia de cuidado y realizan ese tipo delictivo¹³⁹⁹, en lo cardinal, las preguntas que en lo sucesivo se examinarán —y que en este trabajo solo podrán quedar esbozadas en sus aspectos esenciales— reconducen fundamentalmente a la constitución del injusto imprudente.

Para lo anterior, en primer lugar, resulta indispensable explicitar la función que el llamado nexo de imputación desempeña en la economía interna del injusto imprudente. Pues, en contraste con una extendida forma de caracterizarlo, este nexo no tiene por objeto simplemente excluir o servir de límite a la imputación, a uno o varios sujetos, de un hecho a título imprudente, sino que, antes bien, su función a este último respecto es propiamente *constitutiva*. En efecto, un injusto imprudente solo se configura si la exigencia de cuidado que pudo y tenía que haber sido adoptada por uno o más sujetos explica el estado de incapacidad bajo el cual realizan el comportamiento antinormativo en cuestión; por de pronto, de ello se sigue la posibilidad de que, aun cuando uno o más sujetos infrinjan una exigencia de cuidado, esa falta de prestación no satisfaga todavía las condiciones necesarias para sustentar una imputación por imprudencia. Al contrario, es a partir del establecimiento de aquel nexo de imputación que queda habilitada una redescrición de la realización del tipo, no ya como inevitable, sino como evitablemente inevitable, y, en tal virtud, recién susceptible de imputar *qua* injusto imprudente.

En consecuencia, la constitución de un injusto imprudente, en sí misma, es una operación que involucra dos preguntas, que, aunque íntimamente vinculadas, conviene distinguir: por un lado —y en aplicación ya a un contexto de potencial coautoría—, la de si se infringe o no una medida de cuidado cuya adopción era exigible a dos o más coagentes; por el otro, la de si la falta de adopción de dicha medida explica el estado de inevitabilidad que aquellos sujetos padecen, o, lo que es igual, si ese estado de inevitabilidad es una consecuencia del hecho de no haber adoptado tal medida de cuidado. La primera de ellas informa qué es lo que los sujetos tenían que (y les era exigible) haber hecho, mientras que la segunda explica las consecuencias que se han seguido de dicha falta de prestación. Es justamente con arreglo a esto último que se torna evidente el carácter adscriptivo de la imprudencia como categoría jurídico-penal, pues el hecho de que uno o varios sujetos

¹³⁹⁹ En la coautoría, esto se traduce en que la infracción conjunta de una exigencia de cuidado no solo ha de explicar por qué los sujetos han realizado el tipo bajo condiciones de inevitabilidad actual, sino que también por qué lo han realizado conjuntamente bajo tales condiciones. Solo en virtud de lo anterior, la coautoría en un injusto imprudente podría fundamentar la responsabilidad de dos o más sujetos por la realización de un tipo delictivo bajo la forma de una inevitabilidad evitable conjunta. Así, en parangón con el del autor individual, aquí el marco explicativo del nexo de imputación en cierto modo se amplifica.

hayan realizado un comportamiento que satisface la descripción de un tipo delictivo, y además hayan infringido una medida de cuidado, no son elementos que prejuzguen la existencia de una conexión entre ambas.

Expuesto este marco conceptual, y exclusivamente en aras de facilitar la revisión de constelaciones problemáticas que suelen ser tematizadas a propósito del nexo de imputación en la imprudencia, siguiendo un orden de análisis estándar, a continuación, se examinará brevemente la aplicación que los tres siguientes argumentos podrían tener en la coautoría, a saber: los comportamientos alternativos conforme a cuidado; el llamado “ámbito de protección de la norma”; y la actuación a propio riesgo.

2.5.1. Comportamientos (conjuntos) alternativos conforme a cuidado

Apenas inicia el análisis de la (eventual) relevancia que podrían exhibir los comportamientos alternativos conforme a cuidado surgen, al compás de algunas voces críticas, las dudas acerca de la necesidad y legitimidad de recurrir a ellos. Básicamente, las suspicacias descansan en que sería inoficioso conjeturar qué habría ocurrido si el o los agentes se hubiesen comportado de manera distinta a como lo han hecho, pues lo único que debiese interesar es lo efectivamente realizado¹⁴⁰⁰. Sobre este último aspecto habrá oportunidad de volver. Por ahora, en cambio, interesa explicitar la siguiente tesis: el argumento que habitualmente se trabaja bajo el rótulo “comportamientos alternativos conforme a Derecho”¹⁴⁰¹ cabe ser enmarcado en la indagación en torno a la capacidad de acción de uno o de varios sujetos, y, por ende, constituye un asunto de corte *adscriptivo*.

Según fuese señalado al inicio de esta investigación, el concepto de acción envuelve una condición contrafactual de cuya satisfacción depende que aquello que realiza un sujeto, efectivamente, sea susceptible de interpretar como acción, y no como un mero evento (esto es, la transformación de un estado de cosas en otro)¹⁴⁰². Para ello han de compararse tres estados: aquel en que se encuentra el mundo antes de que intervenga el sujeto; el

¹⁴⁰⁰ Paradigmático, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 7/75 c). La ilegitimidad del recurso, por su carácter arbitrario, es recusada por PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/207 y 213. Crítico también FEJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo*, pp. 127 y ss.

¹⁴⁰¹ En lugar de comportamiento alternativo conforme a “Derecho”, se utilizará aquí la expresión “conforme a cuidado”, pues, la primera formulación está evidentemente comprometida con la tesis (tradicional) de que la infracción de una medida de cuidado forma parte del juicio de antinormatividad, y que aquí ha sido permanentemente resistida. Además, como se anticipó, la pregunta involucrada en este argumento no es si acaso el o los sujetos podrían haber evitado quebrantar la norma de comportamiento, sino si (por la vía de aplicar la respectiva medida de cuidado) habrían estado en condiciones de poder evitar su quebrantamiento.

¹⁴⁰² Fundamental, VON WRIGHT, *General Theory of Action*, pp. 42 y ss., 53 y s.; y EL MISMO, *Norma y acción*, p. 63, como presupuesto de la posibilidad de abstenerse de ejecutar una acción en un mundo que no “cambie por sí mismo”. Como elemento constitutivo de las omisiones, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, p. 32. Véase también KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 50. Desde otra perspectiva, SCHROEDER, *Philosophical Review*, 120 (2011), pp. 11 y ss. Al respecto, *supra* Cap. Tercero, apdo. II.1.

estado en que se encuentra el mundo luego de que interviene el sujeto; y, por último, el que habría existido si este no hubiese intervenido¹⁴⁰³. Pues bien, lo capital de esta tríada no reside directamente en la información que proporciona acerca de los mundos posibles de configuración, ni en la presunta conveniencia de asumir una comprensión contrafactual de las relaciones causales¹⁴⁰⁴, sino en si tales modificaciones son susceptibles de ser interpretadas como acciones y, por ende, a los sujetos involucrados como agentes de ellas. De lo anterior se sigue que la idea de evitabilidad —como precipitado de aquella condición contrafactual ínsita en el concepto de acción— es un atributo inherentemente sensible a las capacidades de los agentes, y no algo inmediatamente predicable de los sucesos en cuestión; esto significa decir: solo de manera elíptica puede sostenerse que un suceso es o era evitable, pues tal frase contiene una referencia implícita a los agentes en quienes se reconocen las capacidades necesarias que (en tal medida) hacen o hacían evitable dicho suceso. Esto, que de momento podría parecer trivial, desempeña la prestación de separar aquello que un sujeto hace de lo que, en cambio, simplemente le acontece. Desde esta presentación del argumento, acaso pueda contrarrestarse, al menos parcialmente, la ambigüedad que suscita la rotulación estándar del instituto, pues el interés *práctico* por mundos teóricos alternativos se supedita a las claves que podrían suministrar con respecto al mundo *real* en que se desarrolló el agente en cuestión. De esta manera, si *ex post* se confirma que, aunque los sujetos hubiesen aplicado una medida de cuidado, y, sin embargo, aun así, habrían estado incapacitados de evitar aquello que sucedió, entonces lo que en última instancia se pone en entredicho es su capacidad de acción en el mundo efectivamente configurado.

Como criterio de subrogación por el propio déficit en la capacidad de acción, la imprudencia únicamente puede reestablecer la imputación de primer nivel en tanto en cuanto la adopción de la respectiva exigencia de cuidado hubiese situado a los sujetos en un escenario bajo el cual hubiesen estado en condiciones de evitar intencionalmente la realización del tipo. Por esto, con razón, un sector de la doctrina presenta el instituto en liza como uno que impide exclusivamente la operatividad de la imprudencia como criterio de imputación (extraordinaria)¹⁴⁰⁵. Esto último significa: el problema de los comportamientos alternativos conforme a cuidado no se plantea en casos en los que los

¹⁴⁰³ VON WRIGHT, *General Theory of Action*, p. 43.

¹⁴⁰⁴ La extendida crítica según la cual la teoría de la evitabilidad sería el reverso de la *conditio sine qua non* no es lícitamente generalizable; al contrario, la primera es enteramente compatible con una concepción de causa como condición suficiente.

¹⁴⁰⁵ Así, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 160 y ss., reconociendo en este contexto un problema de imputación, no de antinormatividad. En la línea aquí defendida, trabajando los comportamientos alternativos conforme a cuidado como un problema atingente a la categoría de la imprudencia como criterio de imputación extraordinaria, véase también DEHNE-NIEMANN, «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW*, 130 (2018), pp. 1060 y ss., 1084 y s.; HAAS, *GA* (2015), pp. 92 y ss.; RENZIKOWSKI, *GA* (2007), p. 575.

agentes efectivamente disponían de las capacidades necesarias para evitar la realización del tipo (es decir, en casos de dolo). La pregunta relevante sobreviene bajo la hipótesis de que, *hic et nunc*, los sujetos no disponían de tales capacidades, junto con la incógnita de si, habiéndolas asegurado, hubiesen podido estar en condiciones de evitar la realización del tipo, de tal manera que este, cuando menos, sea susceptible de ser redescrito como un suceso evitablemente inevitable para ellos. Justamente esto es lo que no sucede cuando, para un caso en particular, aparece como irrelevante la hipótesis de un comportamiento alternativo conforme a cuidado, pues a partir de ello se muestra que la razón por la cual dos o más sujetos se encontraban impedidos de evitar la realización del respectivo tipo iba *más allá* del aseguramiento de sus propias capacidades. Bajo la constatación de tales circunstancias, en definitiva, los sujetos en cuestión no podrían reconocer el suceso como “*sua culpa*”, ni la comunidad jurídica estaría legitimada para reprochárselos como tal¹⁴⁰⁶.

Pues bien, así comprendida esta categoría, ya no es que el hallazgo de “comportamientos alternativos conforme a cuidado” tenga la virtualidad de excluir una imputación a título de imprudencia por la vía de romper un nexo de imputación (supuestamente ya configurado), sino que justamente impide su establecimiento¹⁴⁰⁷. Por de pronto, esta vía de aproximación podría exhibir dos prestaciones relevantes. Por un lado, debiese contribuir a revertir el carácter anómalo que suele acompañar al tratamiento de este grupo de constelaciones, ya que lo auténticamente irregular sería reestablecer la imputación por un hecho realizado bajo condiciones de inevitabilidad en circunstancias en las que, por no poder explicarse dicha inevitabilidad *positivamente* con cargo a la infracción de la respectiva exigencia de cuidado, tampoco alcanzaría a constituirse cuando menos una capacidad de evitación secundaria. Por otra parte, permite neutralizar la condición de tabú bajo la cual tiende a presentarse el recurso a juicios hipotéticos (mejor: contrafactuales). Para ello, debe partirse por el reconocimiento de que los juicios que conciernen a capacidades son implícitamente condicionales. El contexto de análisis de un hecho susceptible de imputar a imprudencia está ya determinado por el antecedente de que un

¹⁴⁰⁶ En esa dirección, véase también HAAS, *GA* (2015), p. 95, recuperando el vínculo entre la exigencia del correspondiente nexo de contrariedad a deber y el principio de culpabilidad (en su vertiente de proscripción de la responsabilidad por resultados inevitables); y DEHNE-NIEMANN, *ZStW*, 130 (2018), p. 1061, quien, por otra parte, pone en relación el nexo de imputación con las finalidades asignadas a la pena.

¹⁴⁰⁷ Como es fácil advertir, en esta ordenación, nuevamente, incide la configuración del objeto de imputación en un hecho imprudente. Pues, si con arreglo a la doctrina mayoritaria, se incluye la infracción de una exigencia de cuidado en dicho juicio, y se la tiene ya como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es enteramente comprensible que los “comportamientos alternativos conforme a Derecho” tiendan a ser presentados como una categoría cuya prestación solo vendría a *excluir* la “imputación del resultado”. El trasfondo conceptual y sistemático que subyace a la pregunta de si esta categoría fundamenta la imputación por imprudencia del comportamiento que es objeto de imputación o únicamente excluye la imputación del resultado de un hecho que ya por la infracción de la respectiva exigencia de cuidado se tiene por imprudente es algo que sale por sus fueros una vez que se distribuyen las etiquetas de “ventajas” o “desventajas” (político-criminales) con las que fundamentalmente se dejarían asociar las consecuencias de la teoría de la evitabilidad.

suceso no fue actualmente evitable para uno o varios sujetos, por lo que se trata de averiguar las condiciones bajo las cuales sí “podrían haberlo evitado”¹⁴⁰⁸. Por esta razón, la crítica contra la potencial relevancia de comportamientos alternativos conforme a cuidado, apuntada al inicio de este apartado, se formula sobre una premisa equivocada. Pues el ejercicio contrafactual no consiste en averiguar si, bajo otras circunstancias, el suceso habría o no tenido lugar —razón por la cual aquella crítica tiende a reforzarse con el recurso a causas de reemplazo que habrían determinado que el hecho típico de todos modos ocurriese—, sino más bien si los sujetos involucrados habrían podido estar en condiciones de evitarlo¹⁴⁰⁹. Debido a lo anterior, como matiza un amplio sector doctrinal, generalmente no tiene relevancia el comportamiento previsiblemente contrario a cuidado de terceros, que podría haber operado como “causa de reemplazo”¹⁴¹⁰. En consecuencia, dos médicos cirujanos que atienden una emergencia no pueden pretender excusarse por su propia actuación deficitaria con cargo al hecho de que, de todos modos, a raíz de su inexperiencia o de episodios previos de negligencia, sus colegas del turno también habrían incurrido en el mismo descuido o probablemente en otro similar. Otro ejemplo: tres bomberos que, por encontrarse ebrios, resultan incapaces de controlar un incendio inicialmente menor, no podrán eximirse de responsabilidad esgrimiendo que, por estar participando en la misma celebración, los demás miembros de ese cuerpo tampoco habrían estado en las condiciones idóneas para controlar el siniestro.

Pues bien, a partir de las consideraciones generales recién ofrecidas, puede ilustrarse con ayuda de un par de ejemplos cuándo un comportamiento conjunto alternativo conforme a cuidado habría de excluir, respecto de dos o más sujetos, la imputación de un hecho *qua* injusto imprudente.

Los guarda-agujas (segunda variante). Los guarda-agujas *A* y *B* están encargados de cambiar el recorrido de un tren en casos de emergencia. Por motivos de seguridad, el mecanismo de emergencia está diseñado de forma tal que su activación requiere la introducción coordinada de una clave a través de dos mandos. *A* y *B*, en estado de embriaguez, yacen incapacitados de activar el mecanismo de emergencia, por lo que no consiguen evitar la colisión de dos trenes. Posteriormente, se acredita que aun cuando *A* y *B* no se hubiesen embriagado y, por ende, hubiesen estado en condiciones de introducir coordinadamente la clave respectiva, no habrían podido desviar la dirección del tren, debido a un desperfecto desconocido en la fabricación de los mandos asignados.

¹⁴⁰⁸ Sobre el carácter condicional de los juicios de capacidad, véase MOORE/HURD, *Criminal Law and Philosophy*, 5 (2011), pp. 157 y ss.

¹⁴⁰⁹ Para una rehabilitación del recurso a los juicios contrafácticos, KINDHÄUSER, *GS-Hruschka*, p. 398. Replicando la crítica a su carácter presuntamente innecesario, véase también HAAS, *GA* (2015), p. 92.

¹⁴¹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 485 y s.; HAAS, *GA* (2015), p. 94; OTTO, *AT*, 7ª ed., § 10/26. En cualquier caso, nótese que, aunque sea concebible el comportamiento conforme a cuidado de un tercero, si este no ha alcanzado a ejecutarse, propiamente no se tratará de un curso *causal* hipotético.

La reacción anafiláctica. El paciente *P* necesita ser sometido a una operación quirúrgica. Para ello, los enfermeros *A* y *B* deben preparar el informe clínico de *P* y asegurarse de la ausencia de posibles alergias a anestésicos. Antes de la operación, ni la anesthesióloga *C* ni el cirujano *D* revisan el informe clínico de *P*, que, de todos modos, no contenía toda la información requerida. Durante la inducción anestésica *P* presenta una reacción anafiláctica que le provoca la muerte. Posteriormente, se acredita que *P* padecía un tipo de intolerancia fácilmente diagnosticable, para cuya compensación, como alternativas, suele utilizarse anestésicos menos alergizantes; no obstante, atendida la especial condición de *P*, se desconoce si, habiéndose empleado alguno de tales anestésicos alternativos, este no hubiese padecido igualmente una reacción anafiláctica.

Como se observa en la segunda variante de *Los guarda-agujas*, aunque *A* y *B* hubiesen actuado conjuntamente conforme a cuidado —lo que en este caso significaba: abstenerse de beber y, por dicha vía, comprometer sus capacidades físicas y cognitivas de manera tal que, llegado el momento, pudiesen introducir la clave del mando—, el aseguramiento de sus capacidades no habría sido suficiente, pues, de todos modos, por una circunstancia que no han podido ni tenido que prever, sus respectivos mandos no hubiesen funcionado. Con ello, el mundo habría experimentado dicha modificación con independencia suya.

Pero también puede venir en consideración más de un comportamiento alternativo conforme a cuidado, como intenta mostrarse en *La reacción anafiláctica*. En este caso, en principio, desde la posición de *C* y *D* podría invocarse el principio de confianza, por haber asumido que, si hubiese existido la posibilidad de una reacción alérgica en *P*, se les habría informado. Si tal tesis fuese de recibo, tendría la relevancia de independizar una potencial exclusión de responsabilidad penal en *C* y *D* respecto de lo que pudiera resolverse con relación a un asunto que podría parecer (todavía) más controvertido, como es la calificación de la actuación conjunta *A* y *B*. La razón por la cual podría llegar a cuestionarse la legitimidad de la expectativa que *C* y *D* depositan en un comportamiento conforme a cuidado de *A* y *B* reside en que, cuando menos, es plausible suponer que la obligación, que pesa sobre *C* y *D*, de revisar el informe clínico antes de una intervención podría tener —entre otros— el sentido de verificar la información o de solicitar su complemento (lo que la convertiría en una suerte de “medida de doble aseguramiento”). Al margen de lo anterior, lo crucial para estos efectos es que, aunque *C* y *D* hubiesen revisado, conforme a cuidado, el informe clínico de *P*, tampoco habrían podido advertir el riesgo de una posible reacción alérgica, pero como consecuencia de una circunstancia que afecta directamente a la actuación conjunta de *A* y *B*¹⁴¹¹. Estos últimos, de manera

¹⁴¹¹ Por supuesto, esta solución podría ser recusada por parte de quienes consideran que, en un ejemplo como el ilustrado, la imputación a título de imprudencia solo podría descartarse si se demuestra (con cierto grado de probabilidad) que, incluso de haber actuado conforme a cuidado, *C* y *D* no hubiesen podido evitar

contraria a cuidado, no registran información relativa a riesgos de posibles reacciones alérgicas en *P*. A pesar de ello, no consigue establecerse a su respecto el nexo de imputación —y, de este modo, decae una posible instancia de “co-autoría mediata”—, al no poder acreditarse que, habiendo recabado y apuntado la información requerida, y, por tanto, obrado conforme al cuidado exigido, *A* y *B* hubiesen estado en condiciones de evitar situar a *C* y *D* —como co-instrumentos suyos— en posición de realizar un tipo delictivo. De esta manera, por existir incertidumbre en la fijación del nexo de imputación —no puede acreditarse que un comportamiento conforme a cuidado hubiese provisto a *A* y *B* de la capacidad necesaria de evitación—, cabría aplicar el principio *in dubio pro reo*¹⁴¹².

Lo señalado anteriormente puede ser aplicado, *mutatis mutandis*, a casos de omisión. Un supuesto de estas características lo ofrece el *Caso Madrid Arena*¹⁴¹³, en lo referido a la posible responsabilidad penal de los médicos que no practicaron técnicas de reanimación a dos personas heridas que, erróneamente, dieron por fallecidas¹⁴¹⁴. Asumiendo como hipótesis de trabajo la factibilidad de reconocer una posición de co-garantes en los médicos que asumen un servicio de urgencias¹⁴¹⁵, esta arista del caso se planteaba especialmente problemática por el hecho de que no llegó a acreditarse que el fallecimiento de las víctimas pudiera haberse evitado si los médicos hubiesen practicado las técnicas de reanimación durante el tiempo exigido por la *lex artis*¹⁴¹⁶. Con todo, como se anticipó, en estos supuestos la pregunta cardinal no consiste en la idoneidad *ex ante* de una medida de cuidado —pues ese es el presupuesto mínimo para que conceptualmente cuente como tal—, sino más bien la de si su adopción, más allá de satisfacer ese estándar deontológico, habría tenido como efecto el de ofrecer a los agentes una *alternativa práctica* de la que, de otro modo, hubiesen carecido¹⁴¹⁷. Si este último factor es desconocido, el suceso tampoco podría ser *explicado en función de* la prestación deficitaria de tales sujetos.

(de manera mediata) la producción de ese resultado. Por el contrario, si esto no es así, entonces la actuación de *C* y *D* de todos modos habría *incrementado el riesgo* para la vida de *P*, por lo que —según sostendrían los representantes de esa solución— también les sería imputable el resultado.

¹⁴¹² Cfr. KINDHÄUSER, *GA* (1994), p. 220; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 12/82; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, § 15/173.

¹⁴¹³ STS de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237).

¹⁴¹⁴ Aunque cabe registrar que, en cuanto a este aspecto, el recurso de casación presentado ante el TS solo se dirigió en contra de la absolución del jefe del equipo médico. Por lo demás, el *Caso Madrid Arena* también planteó problemas con respecto a la determinación de la responsabilidad penal de los organizadores del evento y de los coordinadores de seguridad, entre otros involucrados. A propósito de la posibilidad de (co)autorías paralelas en hechos imprudentes se volverá sobre este caso.

¹⁴¹⁵ Sobre este extremo y a propósito de este mismo caso, véase BOLEA BARDON, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *Indret*, 4 (2018), pp. 17 y s.

¹⁴¹⁶ Sin embargo, el TS, luego de desechar el argumento absolutorio de que “no se ha podido probar, con una probabilidad rayana en la certeza, si con otra conducta el resultado hubiera sido el mismo”, acabó fundamentando la responsabilidad del médico por haber incrementado el riesgo permitido (fundamento jurídico vigésimo).

¹⁴¹⁷ Desde luego, esto es sin perjuicio de que el contenido de esa medida de cuidado, a la vez, satisfaga la descripción de un delito de peligro. Por ejemplo, el abandono o denegación de prestación de asistencia sanitaria (artículo 196 CPE).

En cambio, existe otro grupo de comportamientos alternativos conforme a cuidado a los que subyace un interrogante que concierne, en primera línea, a los presupuestos constructivos de la propia coautoría, pues las alternativas de comportamiento se encuentran referidas a lo que el otro (posible) interviniente tendría que haber realizado. Para esto, considérese el siguiente ejemplo formulado por Otto¹⁴¹⁸:

A tiene el deber de medir el grado de contaminación de aguas vertidas en una industria y suministrar estos datos a B, quien, por su lado, tiene el deber de informarse al respecto y adoptar las medidas necesarias para que las aguas no tengan una concentración excesivamente alta de contaminantes. A no cumple con su deber de medir correctamente los niveles de contaminantes, mientras que B tampoco cumple con su deber de informarse. A raíz de lo anterior, un río resulta gravemente afectado por las aguas residuales.

Como el propio Otto inmediatamente precisa, la consideración aislada de los comportamientos individuales de A y B plantea un escenario singular. Por una parte, A podría esgrimir que, incluso habiendo cumplido con su deber de medir correctamente los niveles de contaminación, ello no habría impedido la afectación de las aguas, pues de todos modos B ha incumplido su deber de informarse. De manera correlativa, B podría aducir que, aunque hubiese cumplido con su deber de informarse, ello no habría impedido la contaminación de las aguas, pues de todos modos la información suministrada por A era incorrecta¹⁴¹⁹. Este caso involucra cuando menos dos problemas distintos.

En primer lugar, el ejemplo de las aguas contaminadas permite mostrar por qué es relevante la identificación de la infracción unitaria de una exigencia de cuidado. Según se señalara antes, las exigencias de cuidado son acciones auxiliares precautorias, en tanto en cuanto están destinadas a resguardar las capacidades de evitación de uno o más sujetos. Tratándose de una acción conjunta, como en este caso representa, por de pronto, la tarea común de impedir la contaminación de un río, nada obsta a que, para asegurar la correspondiente capacidad conjunta de evitación, dos o más sujetos tengan que adoptar, a su vez, medidas auxiliares que resguarden su propia capacidad de evitación, en aras de, *por esta vía*, situarse en una posición tal de, llegado el caso, ser capaces de evitar *conjuntamente* la realización de las circunstancias fácticas que satisfarían la descripción del respectivo tipo. Que tales funciones, en virtud de la utilidad de la división del trabajo, se radiquen en agentes distintos, no debe ocultar el hecho de que, desde una lectura unificadora, ellas podrían seguir exhibiéndose como “partes de una acción conjunta”. Sin

¹⁴¹⁸ OTTO, *Unternehmen*, p. 13; EL MISMO, *JURA* (1990), p. 49. Véase también al respecto VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 196 y s.

¹⁴¹⁹ OTTO, *Unternehmen*, p. 13.

embargo, para que en este caso concreto dicha posibilidad se hubiese materializado, no solo habría sido necesario que *A* y *B* contaran genéricamente con el hecho de que la función que cada uno desempeña —aunque no se conozcan ni coordinen directamente— está destinada a complementar o a ser complementada con la del otro, sino que también hubiesen contado específicamente con la circunstancia de que *ambos* estarían omitiendo realizar sus partes respectivas, esto es, bajo un “*modo-actitudinal-nosotros*”. Al contrario, precisamente en función del principio de confianza, tanto *A* como *B* perfectamente podrían haber supuesto que el otro realizaría adecuadamente su parte.

Este segundo presupuesto, relativo a la falta de un nexo intersubjetivo que vincule a *A* y a *B*, es el que suscita dificultades, y, a la vez, aquel cuya modulación justamente tiene en vista Otto al examinar este grupo de casos. En efecto, según Otto, en estas constelaciones solo cabría imputar el resultado a ambos sujetos si se renunciara al elemento fáctico del acuerdo común de no impedir o disminuir el riesgo. Así, en lugar de ello, Otto sugiere una fundamentación exclusivamente normativa de la coautoría, fundada en una responsabilidad común en el ámbito de los delitos omisivos imprudentes¹⁴²⁰. Ahora bien, y sin perjuicio de que no se aprecian razones convincentes para modificar el concepto de coautoría con el exclusivo propósito de abarcar este grupo de casos, bajo aquel modo de proceder el principio de autorresponsabilidad aparece seriamente amenazado, ya que se estaría ampliando la propia esfera de responsabilidad a partir del comportamiento desconocido y defectuoso de terceros.

Pero que en supuestos como el comentado quepa descartar una instancia de coautoría no significa que no exista otra vía de fundamentar una eventual responsabilidad penal. Como podrá haberse apreciado a partir de la formulación del problema, las consecuencias que aparentemente se seguirían de que *A* y *B* esgriman sus respectivos comportamientos alternativos conforme a cuidado son similares a las que se seguirían de preguntarse, con arreglo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, si acaso sus comportamientos habrían sido necesarios para la producción del resultado. Ello ofrece una clave para la solución del caso, pues la razón por la cual Otto recurre a la coautoría pareciera descansar en la aparente imposibilidad de una autoría paralela, en circunstancias de que, para explicar la contaminación de las aguas, requiere considerarse tanto el comportamiento de *A* como el de *B*. Sin embargo, al tratarse de la falta de ejecución de una *acción impeditiva compleja* —por suponer el desempeño correcto de las funciones a cargo de dos sujetos—, estructuralmente, se trata a la vez de un caso de causalidad alternativa en la omisión: basta que uno omita el cumplimiento de la acción a la que se encuentra obligado para que no pueda impedirse (conjuntamente) la producción del resultado. En consecuencia, dado que

¹⁴²⁰ OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/119 y ss.

tanto la omisión de *A* como de *B* pueden redundar en que fracase la respectiva acción impeditiva, se trataría de un supuesto de resultado sobrecondicionado: concurren varias condiciones (negativas) individualmente suficientes. Finalmente, esto último permitiría explicar igualmente por qué, en este caso, tampoco podría prosperar el alegato de un comportamiento alternativo conforme a cuidado —en el que, sin embargo, se mantendría el carácter contrario a cuidado del comportamiento ajeno—, a saber: si, por ejemplo, *A* hubiese medido correctamente los niveles de contaminación, *sí* habría cambiado algo, ya que, por un lado, habría estado en condiciones de evitar situarse él mismo en un escenario bajo el cual incumple con la parte que le atañe respecto a una acción impeditiva compleja, y, por el otro, la contaminación de las aguas solo se habría explicado en función del comportamiento contrario a cuidado de *B*. Y el mismo argumento aplicaría para *B*.

2.5.2. El “ámbito de protección de la norma”

El llamado “ámbito de protección de la norma” es otro de los argumentos que suelen ser traídos a colación con motivo del establecimiento del correspondiente nexo de imputación entre la realización de un comportamiento típico (individual o conjunto) y la infracción (individual o conjunta) de una medida de cuidado. Un examen pormenorizado de este tema excede con mucho el alcance de esta investigación, pero tampoco resulta indispensable, al ser pocas las peculiaridades que su aplicación podría exhibir en el ámbito de la coautoría.

Cuando se invoca —para utilizar la que acaso sea la formulación más extendida— el “ámbito de protección de la norma” surgen inmediatamente dos interrogantes. Comenzando por la última parte de la fórmula, la primera pregunta es si acaso realmente se trata de averiguar la finalidad de la respectiva norma de comportamiento, o si, por el contrario, esa indagación ha de entenderse referida a la exigencia de cuidado infringida. Este interrogante suele ser respondido en el segundo de los sentidos enunciados, sobre la base —entre otros argumentos— de que la “finalidad” de la norma de comportamiento podría ser tan amplia como evitar cualquier forma de lesionar el bien jurídico tutelado por ella¹⁴²¹. No obstante, lo que no suele extraerse de esa diferencia es la consecuencia de que, tras la pregunta acerca del objeto respecto del cual se predica ese “ámbito de protección” —si de la norma de comportamiento, o bien de la llamada norma de cuidado— pulsa otro aspecto igualmente cardinal: las funciones de ambas categorías no son las mismas. Para esto último, sin embargo, puede remitirse a consideraciones previas¹⁴²². La segunda cuestión envuelta ya en el propio rótulo del instituto, e

¹⁴²¹ Véase al respecto por todos CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 569 y ss.

¹⁴²² Véase *supra* Cap. Tercero, apdo. II.2.1. En cualquier caso, la diferencia que en términos normológicos media entre una norma de comportamiento y una exigencia de cuidado determina que solo respecto de la

indiscutiblemente el *quid* del problema, concierne a la (in)determinación de ese “ámbito”, “alcance” o “fin” de protección de la llamada “norma de cuidado”¹⁴²³. Precisamente, la evidente dificultad de delimitar, *a priori* y con carácter general, ese “ámbito de protección” interrogado, explica viejos y recientes esfuerzos por dotar de contenido este *topoi* a partir de la categoría del riesgo no permitido¹⁴²⁴, lo que, sin embargo, debiese contar como una carta de defunción de la autonomía conceptual del primero, pues una medida de cuidado no podría reclamar un ámbito de protección que incluya espacios considerados dentro del riesgo permitido. Pasa a tratarse así de una concreción teleológica de los factores de riesgo (no permitido), pues el objeto de la indagación acaba solapándose con la determinación de aquellos comportamientos riesgosos que, en razón de estar prototípicamente asociados a la concreta instancia de comportamiento delictivo, habrían de tenerse, entonces, como un riesgo no permitido (y, *por ello*, comprendidos dentro de lo que se entiende como ámbito de protección de esa norma de cuidado).

Pero las razones para sospechar de la autonomía de esta categoría pueden ir más allá. Como se ha insistido, las exigencias de cuidado tienen la propiedad de ser estrictamente contextuales, pues su función (como potencial mecanismo de imputación) consiste en asegurar o preservar las *capacidades específicas* cuyo ejercicio, dado el caso, permitiría a dos o más sujetos estar en condiciones de evitar realizar una *acción concreta*, que podría ser instanciación de una clase de acción prohibida. Por ende, así como tiende a reconocerse que la infracción de una norma de seguridad (*v. gr.*, las contenidas en reglamentos o leyes del tránsito) solo podría servir como indicio de cara a una (eventual) contrariedad a cuidado (referida siempre a la incapacidad de evitar un suceso específico), del mismo modo, incluso una vez determinado el “ámbito de protección de una norma de cuidado” —que ya por definición tendría que ser general, anterior e independiente del hecho *in concreto*—, esto nada tendría que decir aún sobre la conexión entre la infracción de dicho estándar y el específico déficit de capacidad que padecen uno o más sujetos¹⁴²⁵.

Lo anterior permite confirmar que la pregunta acerca de si el comportamiento de uno o más sujetos cae o no dentro del respectivo “ámbito de protección” tiende a estar aquejada por el hecho de que, al introducirse en el *explanandum* antecedentes que no tendrían por qué figurar en él desde un inicio, se crea, a través de un paso asiduamente prescindible, la necesidad de buscar un recurso que justifique su expulsión ulterior. En efecto, bajo un

primera de ellas pueda predicarse un genuino “ámbito de protección” (bajo el entendido de que el objeto de tutela está constituido por bienes jurídicos); a una medida de cuidado, en cambio, no puede asignarse la función inmediata de proteger bienes jurídicos, no ya porque su infracción no necesariamente, sino solo de manera contingente redundará en un riesgo para ellos, sino porque su objetivo principal consiste en asegurar las capacidades de uno o más sujetos de cara a evitar incurrir en tales comportamientos lesivos.

¹⁴²³ Para una visión radicalmente crítica, véase por todos FRISCH, *Comportamiento típico*, pp. 95 y ss.

¹⁴²⁴ En esa dirección, por ejemplo, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia*, pp. 118 y s.

¹⁴²⁵ En un sentido similar, véase VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 162, nota 83.

esquema de análisis en el que lo primero que viene en consideración es la infracción de un “deber de cuidado”, parece indispensable, pues, hallar un criterio que fundamente (retrospectivamente) la irrelevancia de la contrariedad a cuidado, inicialmente afirmada, cuando ella no consigue explicar las condiciones bajo las cuales tiene lugar la realización del respectivo tipo de delito. Así, para utilizar un ejemplo clásico de manual, si un sujeto se salta un semáforo en rojo y luego, en un momento posterior del trayecto, cuando ya conduce conforme a las reglas del tránsito, mata a un transeúnte que cruza de manera incorrecta, suele concluirse lo siguiente: aun cuando, de no haberse saltado el semáforo, el conductor hubiese tardado más en llegar al sitio, y, por ende, no hubiese atropellado al transeúnte, no se encuentra dentro de los fines de aquella norma de cuidado el de proteger a quienes no están en la zona de intersección, o bien, el de evitar accidentes acaecidos instantes después¹⁴²⁶.

Como se aprecia, bajo el modo de proceder anterior, se pregunta primero cuál es el riesgo que tiene por finalidad impedir la o las medidas de cuidado infringida, y enseguida si acaso ese riesgo se ha realizado en el resultado. En lugar de esto, sin embargo, la pregunta por la infracción de una concreta exigencia de cuidado —y, con ella, del respectivo nexo de imputación— ha de ser comprendida como una cuestión radicalmente supeditada a las especificidades de la acción que ejemplifica el tipo delictivo. Por esto, el orden debiese ser el inverso: primero ha de discernirse el *específico déficit* que padecen el o los sujetos en cuestión —o, en términos más generales, por qué no han podido evitar la realización del tipo—, y solo después de ello el espectro de medidas de cuidado cuya adopción hubiesen evitado que, en ese momento, padecieran tal déficit. Como podrá comprenderse, de esta manera el catálogo de medidas de cuidado susceptibles de venir en consideración resulta manifiestamente inferior, ya que, antes de la instancia de realización típica, el o los agentes podrían haber infringido múltiples medidas de cuidado, que, sin embargo, ya desde un inicio podrían aparecer desvinculadas del comportamiento que es objeto de imputación. Para confirmarlo, basta con volver al ejemplo paradigmático antes aludido: para los efectos de la inevitabilidad que afecta al conductor al momento de realizar el tipo de homicidio, bajo la específica forma en que este ha tenido lugar, resulta absolutamente irrelevante el hecho de que minutos antes no haya parado ante un semáforo en rojo (que hubiese adelantado en forma indebida a otro conductor, que haya caducado su licencia de conducir, que transporte a más pasajeros de lo permitido, etc.).

¹⁴²⁶ HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 285 y s., justamente se sirve de este ejemplo para aplicar a la coautoría el argumento de la “finalidad de protección de la norma”: A y B protagonizan una competición superando el límite de velocidad permitido, causando la muerte de un niño que cruza de manera repentina por la calle. Según Häring, el riesgo creado conjuntamente por los sujetos no se concreta en el resultado, pues esa regla del tráfico no tiene el sentido de modificar el momento en que se llega a un determinado lugar. El ejemplo, sin embargo, es un supuesto más bien controvertido de coautoría, ya que, según lo analizado previamente, no es del todo evidente que, bajo esas circunstancias, se realice conjuntamente el tipo de homicidio.

Como corolario de lo anterior, la pregunta acerca del “ámbito de protección de la norma”, en realidad, se ofrece como una vía de reformular, con pretensiones generalizadoras, un aspecto que ciertamente requiere clarificarse *in concreto*, pero que ya se encuentra contenido en la necesidad misma de establecer el correspondiente nexo de imputación. Semejante generalización suele tener lugar por la vía de excluir del ámbito de protección de la norma la producción de ciertos resultados que, para cualquiera situado en la posición de el o los sujetos en cuestión, normalmente habrían de tenerse como imprevisibles. Lo que se expresa a través de ello es que, bajo esas circunstancias, no cabría (de modo razonable) abrazar la expectativa de que tal o tales sujetos adoptarían una medida de cuidado referida a la capacidad de evitar un suceso que no se correspondería con el ámbito presuntamente predefinido para ella¹⁴²⁷. Dicho esto, imagínese el siguiente ejemplo:

El ataque epiléptico. Los constructores A y B, contraviniendo la normativa sobre prevención de riesgos, y a raíz de un erróneo cálculo numérico, al iniciarse la obra no han comprado todavía cascos suficientes para todos los operarios que participan en ella. Ese mismo día, uno de los trabajadores que no porta casco muere tras impactar fuertemente su cabeza contra el suelo a raíz de sufrir un ataque epiléptico, siendo el caso que, habiendo portado casco, el golpe no hubiese sido letal.

En principio, para efectos de excluir una potencial responsabilidad por un homicidio imprudente (a título de coautoría), en el caso anterior parecería suficiente con invocar la finalidad de la respectiva “norma de cuidado”. En efecto, en *El ataque epiléptico*, el telos de la exigencia de cuidado que los constructores tenían que adoptar (en aras de estar en condiciones de impedir que la vida o integridad de sus trabajadores se viesan expuestas a un grave peligro), a saber, la exigencia de comprar cascos suficientes para cada uno de ellos, parecería abarcar exclusivamente los riesgos inherentes al desempeño de ese trabajo, mas no los provenientes de enfermedades que padecen específicamente algunos trabajadores, como ocurre en el ejemplo. Con todo, parece igualmente razonable que, antes que indagar en el amplio espectro de escenarios para los cuales habría sido útil — y, sobre todo, exigible— la aplicación de *esa* medida de cuidado, y, por ende, antes de determinar si acaso es *El ataque epiléptico* el que se inserta dentro de dicho espectro, cabría considerar, primero que todo, la específica forma en que ha tenido lugar el no impedimento de la muerte de otro, y si esta, realmente, ha sido susceptible de prever para

¹⁴²⁷ Ahora bien, la posibilidad de que, por un lado, cierto riesgo se materialice en la realización de un tipo delictivo, aun cuando haya sido imprevisible desde un punto de vista *ex ante* —y se lo tuviese, por ende, como un resultado que cae fuera del ámbito de protección de la respectiva norma—, pero que, a la vez, por las razones que fueren, hubiese sido advertido por el autor (y, por ende, fundante de una posible imputación a dolo), muestra que la búsqueda de una “previsibilidad objetiva” o la determinación del “alcance del tipo”, al socaire de este “ámbito de protección”, no puede operar como filtro sin consultar antes si, en efecto, el evento ha sido previsto por el agente en concreto, o, de lo contrario, si era o no previsible para él.

los constructores, sea bajo la adopción de aquella o bien de otra medida de cuidado. Como se aprecia, la diferencia con el proceder estándar es la siguiente: no es el comportamiento típico el que necesita ajustarse al presunto ámbito de protección de una determinada “norma de cuidado”, sino más bien la medida de cuidado es la que tiene que resultar idónea para explicar el estado deficitario bajo el cual tiene lugar esa realización típica.

También es ilustrativo para estos efectos un ejemplo trabajado más atrás bajo el rótulo *El caso del ventanal*. En este último, el “ámbito de protección” de la medida de cuidado cuya adopción resultaba situacionalmente exigible a los trabajadores, a saber, asegurar apropiadamente el andamio sobre el cual están montados, para así estar en condiciones de no perder el control de un ventanal, tampoco alcanzaría a comprender la evitación de lesiones de conductores que se encuentran a varios metros de distancia, ni menos con la ventana del conductor parcialmente abierta. Pero con esto, de nuevo, la pregunta acerca de la determinación del alcance *general* de dicha medida de cuidado no es tan relevante como si acaso esa específica forma en que resulta instanciado el tipo de lesiones, *ex ante*, podría verídicamente haber figurado en el razonamiento de los sujetos como una premisa a partir de la cual ellos pudiesen inferir la necesidad práctica de adoptar aquella medida de cuidado. Si esto no es así, entonces ninguna expectativa de comportamiento cuidadoso, de cara a la evitación de esa *concreta forma* de instanciar el tipo de homicidio, podría haberse cifrado en la actuación conjunta de ambos operarios.

2.5.3. Actuación a propio riesgo

Por último, otro argumento que tiende a presentarse como supuestos en que se excluye la imputación del resultado a uno o más sujetos es la actuación a propio riesgo de parte del titular del bien jurídico, también denominada a veces como “imputación a la víctima”¹⁴²⁸. A diferencia de lo que ocurre con el consentimiento, de la mera actuación a propio riesgo no puede inferirse la voluntad del titular de renunciar al bien jurídico cuya indemnidad arriesga, empero, y precisamente por tal razón, existe la expectativa de que un sujeto que desea mantener incólumes sus bienes jurídicos aplique para ello mínimas medidas de autoprotección. El incumplimiento de estas medidas eventualmente puede generar la consecuencia de tener que “hacerse cargo” por su falta de adopción. La radicación de esta “responsabilidad” en la esfera del sujeto lesionado, y la consecuente exclusión de la de terceros, determina —como fuese sugerido en su momento— que no devenguen aplicables las categorías consagradas a responder las preguntas acerca de “por qué” ese suceso era

¹⁴²⁸ Sobre estas y otras alternativas terminológicas, véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., pp. 284 y ss.

evitable para uno o varios sujetos —es decir, los criterios de imputación subjetiva—, ni la de “cómo” tendría que haberse distribuido la responsabilidad penal entre terceros¹⁴²⁹.

Pues bien, al igual que en los casos de *cuasi-coautoría* analizados anteriormente, aquí tampoco es posible que se configure una relación de coautoría, pero por una razón distinta. En los primeros, según lo sostenido previamente, falta un quebrantamiento conjunto de la norma de comportamiento, lo cual impide que se configure un elemento *interno* de la coautoría; en los casos de actuación a propio riesgo que ahora se mencionan, en cambio, falta un presupuesto *externo* a la coautoría, pues la responsabilidad por el menoscabo de los bienes lesionados, antes de trasladarse a terceros, queda radicada en su titular. En consecuencia, no se trata aquí de una actuación *conjunta* a propio riesgo — como sí en los de *cuasi-coautoría*—, pues solo se expone al riesgo el sujeto cuyos bienes jurídicos finalmente acaban menoscabados, mas no así otros, a cuya condición de coautores obsta la aplicación previa del principio de autorresponsabilidad.

En las constelaciones más paradigmáticas de actuación a propio riesgo, un sujeto permite a otro u otros el ingreso en su esfera de auto-organización. En este contexto de análisis, sin embargo, importa al menos dejar constancia específicamente de aquellas en las que los terceros realizan conjuntamente un hecho que *prima facie* podría haber fundamentado una eventual imputación a título de coautoría, de no haber sido precisamente porque el titular del bien jurídico, sin haber consentido propiamente en su lesión, ha autorizado libremente la acción conjunta ajena que lo pone gravemente en peligro y, eventualmente, que lo menoscaba. Imagínese, por ejemplo, que A, plenamente consciente del riesgo al que se expone, aunque confiando en que no morirá en el proceso, solicita a B y C que le ayuden a consumir heroína; así, mientras B venda y sujeta el brazo de A, C le inyecta la droga, maniobra que B y C inmediatamente repiten, intercambiando roles. Si, por obrar

¹⁴²⁹ Por esto, en un cierto y limitado sentido, podría reconocerse una semejanza estructural entre la actuación a propio riesgo y la autoría mediata. Pues el menoscabo del bien jurídico se produce directamente mediante la acción desplegada por un sujeto distinto a aquel a quien en definitiva este se imputa, de manera que, aquello que *prima facie* podría ser constitutivo de una heterolesión típica a cargo de un tercero, en virtud de un fundamento normativo —la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico— se vuelve susceptible de ser redescrito como una instancia de autolesión atípica. Con todo, es justamente la diferencia de fundamentos involucrados —en la actuación a propio riesgo, el principio de autorresponsabilidad; en la autoría mediata, la competencia por el déficit de aquel que realiza el comportamiento que es objeto de imputación— lo que impediría exagerar algo que, como se ha dicho, solo representa un símil estructural. Pues esa diferencia de fundamentos difícilmente podría conducir a considerar al titular del bien jurídico menoscabado como “autor” de su propia lesión, en la medida en que, para él, no se configura ningún objeto jurídico-penal sobre el cual pudiese recaer esa imputación. Por otro lado, los terceros a través de los cuales el titular del bien jurídico menoscaba sus bienes solo podrían contar como “instrumentos” suyos si aquellos padecieran un déficit de capacidad (por ejemplo, un error de tipo) provocado por dicho titular; mas del hecho de que ello no siempre será así hablan suficientemente los casos en que es el propio titular del bien jurídico quien autoriza el ingreso de terceros en su esfera de bienes, siendo tal circunstancia conocida por estos últimos. En fin, para una comparación entre las estructuras de la autolesión o autopuesta en peligro de la víctima y la autoría mediata, véase también HAAS, *FS-Yamanaka*, pp. 84 y s.

de manera contraria al cuidado exigido, *B* y *C* ignoran la letalidad de la dosis inyectada a *A*, la muerte de *A* no podrá imputárseles como homicidio a título de coautoría, pues la “responsabilidad” por esa modificación perjudicial definitiva en la vida de *A*, bajo tales circunstancias, habría incumbido preferente, y, por ende, primariamente a él mismo.

V. Recapitulación

El concepto y los presupuestos de la coautoría son siempre los mismos, sea que se apliquen a un injusto doloso o a un injusto imprudente. Lo que variará de acuerdo con esta última circunstancia es la estructura bajo la cual se deja articular esa imputación, variación que viene determinada por una diferencia relativa al comportamiento que, en uno y otro caso, habría resultado evitable para dos o más sujetos. Con otras palabras, lo que distingue a una coautoría en un injusto doloso versus una coautoría en un injusto imprudente es la forma como se construye la respectiva capacidad de evitación conjunta.

Para lo anterior, debido a la propia estructura del injusto imprudente, como modalidad de imputación extraordinaria, la coautoría necesita articularse en dos niveles. En el primero, que más bien opera como un presupuesto, debe fijarse la realización conjunta del hecho por parte de dos o más sujetos, esto es, el quebrantamiento conjunto de una determinada norma de comportamiento. En conjunción con ello, se presupone la incapacidad de tales sujetos para haber evitado actualmente su realización. Esto permite que surja la pregunta acerca de si tales sujetos podrían haber realizado algún otro comportamiento que asegurase sus respectivas capacidades de evitación. Aquello que justificará que, aun bajo tales circunstancias, pueda hablarse de una coautoría, en lo fundamental, remite a la identificación de un déficit compartido (y no meramente agregado o independiente) entre dos o más sujetos. Esta última exigencia es crucial, dado que el nexo de imputación en la coautoría necesita reflejar un estado de cosas bajo el cual dos o más sujetos habrían sido capaces de (al menos) estar en condiciones de evitar conjuntamente aquel hecho típico que, sin embargo, realizaron conjuntamente.

La tesis recién sintetizada se traduce en que la coautoría en un injusto imprudente no descansa en un déficit en la relación agencial que comparten dos o más sujetos, pues estos no actúan conjuntamente “por” imprudencia. Más bien, el comportamiento desplegado por tales sujetos necesita haber sido ejecutado de manera intencionalmente conjunta, bajo cualquier descripción, menos la del respectivo tipo delictivo.

CAPÍTULO OCTAVO. ALGUNOS PROBLEMAS PARTICULARES Y OTROS VINCULADOS CON LA COAUTORÍA EN EL INJUSTO IMPRUDENTE

I. Coautoría entre co-garantes omitentes por imprudencia

A pesar de que los desarrollos de la *Primera parte* de esta investigación se han aplicado fundamentalmente a la posibilidad de compatibilizar dos categorías adscriptivas generales: la coautoría (como criterio de autoría) y la imprudencia (como criterio de imputación subjetiva), y de que, dentro del marco teórico así circunscrito, el esquema de análisis propuesto y los ejemplos trabajados hasta el momento se hayan desplegado principalmente en el ámbito de los “delitos comisivos imprudentes”, resulta metodológicamente ineludible descender en la eventual recepción y resonancia que podrían tener las indagaciones previas de cara a la construcción de una potencial coautoría en los llamados “delitos omisivos imprudentes”. Ello se justifica no solo por la notoria trascendencia práctica que exhiben tales constelaciones, sino también por la estrecha relación que históricamente ha dejado tras de sí la elaboración dogmática de los conceptos de omisión y de imprudencia. No obstante, dado que este también es un tema que por sí solo podría erigirse en objeto autónomo de investigación, de nuevo, aquí se opta por otorgar preferencia a cuestiones de orden conceptual —y, por consecuencia, estructural—, de manera que solo podrán quedar esbozados en sus dimensiones elementales algunos de los varios aspectos problemáticos que encierra la intervención de dos o más sujetos, en tanto que potenciales coautores, en un delito omisivo imputable a imprudencia. Por todo lo anterior, asimismo, las reflexiones sucesivas se concentrarán esencialmente en las dificultades teóricas implicadas en los delitos de omisión de impedimento de un resultado, y no tanto en las de los delitos de omisión pura.

1. Aspectos generales de los delitos omisivos como quebrantamiento imputable de una norma de requerimiento

Tratándose de delitos impropios de omisión consumados, el objeto de imputación consiste en la falta de ejecución de una acción que, de haberse ejecutado, habría tenido como consecuencia el impedimento de la producción de un resultado de cierta clase¹⁴³⁰. De lo anterior se sigue que, también en los delitos omisivos, el objeto de imputación se constituye “negativamente”¹⁴³¹, es decir, por referencia a la no ejecución de un

¹⁴³⁰ Para esto y lo que sigue, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 93 y ss., y, especialmente, pp. 112 y s.; MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), pp. 231 y ss.; CONTESSE, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas penales*, pp. 16 y ss.

¹⁴³¹ Así, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 17 y ss. Con otras palabras, así como en los delitos comisivos (resultativos) el objeto de imputación no está constituido simplemente por la producción de

comportamiento que hubiese ejemplificado la clase de acción requerida, y que, tratándose específicamente de delitos impropios de omisión, tendría que corresponder a la ejecución de al menos una de las distintas acciones posibles que hubiesen impedido la producción de cierto tipo de resultado. En consecuencia, a nivel de tipicidad, la dicotomía no se establece entre los conceptos de acción y omisión —en virtud de su carácter transitivo, toda omisión está referida a la falta de ejecución de una acción—, sino entre comportamientos que satisfacen la descripción de una clase de acción prohibida, por un lado, y los que son susceptibles de describir como la no ejecución de una acción requerida, por otro¹⁴³². En virtud de esta diferencia fundamental entre tipo omisivo y omisión¹⁴³³, y de que la noción de realización típica omisiva resulta ser —desde el planteamiento aquí patrocinado— una noción más “básica” que el concepto mismo de omisión —sobre todo si la primera, como se verá, puede ser analíticamente diferenciada de las capacidades para ejecutar la acción requerida—, es perfectamente comprensible, además de frecuente, que el primero tenga lugar a través de comportamientos que, bajo otras descripciones distintas a la obtenida de la respectiva norma de requerimiento (o de mandato), se dejen caracterizar igualmente como un comportamiento activo¹⁴³⁴. La radicalización de esta tesis viene representada por la posibilidad de que uno o más sujetos realicen un tipo omisivo sin que sea reconocible (en sentido estricto) omisión alguna. Esto último ocurre —como se analizará sumariamente más adelante— cuando, en el momento decisivo para evitar la producción de un resultado, los sujetos no ejecutan la acción requerida, pero

alguna clase de resultado (*v. gr.*, la muerte de otro), sino por un comportamiento susceptible de describir como una acción productiva del mismo (una acción que causa la muerte de otro), igualmente, en los delitos omisivos (resultativos) dicho objeto no está constituido por el mero no impedimento del respectivo resultado, sino por la falta de ejecución de alguna acción impeditiva de este. Con ello, el comportamiento antinormativo del padre que no acude al auxilio de su hijo que peligra ahogarse en un lago no descansa (específicamente) en el hecho de no sumergirse en el agua (o en el de no advertir de esta situación a un tercero, si él está incapacitado de hacerlo de propia mano), sino en el de que, por dicha vía, deja de ejecutar alguna acción que fuese instancia de impedimento de la muerte de su hijo.

¹⁴³² Lo que no debe esconder el hecho de que, por la técnica impropia de tipificación de los comúnmente llamados delitos de omisión impropia, la clase de resultado cuyo impedimento pide una norma de requerimiento haya de obtenerse a partir del respectivo tipo comisivo. Que lo impropio de los delitos de omisión de impedimento de un resultado, en parangón con los delitos comisivos resultativos, resida en su forma de tipificación (cuya operatividad hace necesaria el establecimiento de una cláusula complementaria en la Parte general), y no, en cambio, en su carácter de delito omisivo, es una consecuencia de que, como se verá, la norma quebrantada en estos —del mismo modo que en los delitos de omisión pura— es una norma de requerimiento, y no de prohibición, como, sin embargo, sugiere el rótulo “delitos de comisión por omisión”. En detalle sobre este punto, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 94-103, pp. 131 y s.; MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), pp. 227 y ss.; CONTESSE, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas penales*, pp. 24 y ss.

¹⁴³³ Sobre la distinción entre tipo de omisión y pasividad, ya MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 12/1: “(...) los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista —en absoluto es necesaria la pasividad”. Para una distinción entre realización típica y omisión, en donde esta última es presentada como una clase de la primera, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., pp. 165 y ss.

¹⁴³⁴ La votación de una decisión efectuada por los miembros de un órgano colegiado ciertamente constituye una acción, pero, a la vez, si por medio suyo no se impide la producción de un resultado, puede ser descrita también como una omisión. Así, FRISTER, *AT*, 7ª ed., § 26/37. También MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 12/2.

tampoco se encuentran en condiciones de poder hacerlo, debido a una acción previa que le ha privado de las capacidades necesarias para ello (*omissio libera in agenda*).

Con arreglo a una extendida comprensión, los presupuestos elementales para que se configure un delito impropio de omisión son fundamentalmente dos: el uno referido al hecho; el otro, a su sujeto activo. El primero, pues, consiste en la relación de *equivalencia* material que debe dejarse reconocer entre la falta de ejecución de una (entre las eventualmente varias instancias de) acción que hubiese impedido la producción de un resultado de cierto tipo y la ejecución de una acción que directamente lo hubiese producido¹⁴³⁵. Precisamente es ese específico resultado, cuya clase de acción productiva aparece expresamente prohibida en un delito comisivo, por un lado, y que requiere ser impedido por el *correspondiente* delito de omisión (impropiamente tipificado), por otro, el que opera —utilizando palabras de Mañalich— como “parámetro de conmensuración” entre ambos tipos de delitos¹⁴³⁶. De dicha relación de equivalencia, sin embargo, no se deja concluir que en los delitos impropios de omisión el objeto de la imputación esté constituido —al igual que en los comisivos— por el quebrantamiento de una norma de prohibición¹⁴³⁷, ni que el tratamiento punitivo que se le otorga al (garante) omitente descansa en una ficción jurídica que permitiría imputarle la realización de un tipo omisivo *como si él*, mediante un comportamiento activo, hubiese realizado el tipo de un delito comisivo, aunque *de facto* ese no sea el caso¹⁴³⁸. En efecto, y aun cuando la falta de ejecución de alguna acción, ciertamente, pueda contar como condición parcial negativa al interior de un argumento causalmente explicativo relativo al hecho de que acaeciera (o no acaeciera) un evento¹⁴³⁹ —lo cual significa: ya no solo como mera relación “*cuasi-*

¹⁴³⁵ Fundamental al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 462 y ss., acerca de lo que denomina una “identidad estructural entre la omisión y la correspondiente realización típica comisiva”. Ahora bien, sin perjuicio de lo que se sostiene en el texto, no es posible aquí desarrollar un análisis pormenorizado de los específicos criterios de equivalencia que se han planteado. En detalle sobre las distintas posiciones en la doctrina española, véase por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 31/67 y ss.

¹⁴³⁶ MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), p. 234.

¹⁴³⁷ La visión según la cual entre, por ejemplo, matar a un hijo y no impedir su muerte existe una *identidad* material, consecuencia de que también esta segunda clase de comportamientos estarían incluidos dentro del contenido de una norma de prohibición, representa probablemente la expresión más radical (y también la más consecuente) de los compromisos teóricos subyacentes al rótulo “delitos de comisión por omisión”.

¹⁴³⁸ Así, sin embargo, HAAS, «Die Beteiligung durch Unterlassen», *ZIS*, 5 (2011), p. 396. Amén de los reparos normológicos esbozados en el texto, la tesis de la ficción jurídica es difícilmente aceptable como punto de partida en el contexto del StGB, que expresamente prevé la posibilidad de rebajar la pena en casos de “comisión por omisión”.

¹⁴³⁹ En ese sentido, en detalle, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 56 y ss. La reluctancia a conceder relevancia causal a las omisiones (como hechos negativos) se encuentra asociada al manejo de una *noción productivista* de causalidad —una que se corresponde, por ejemplo, con una concepción de causa eficiente, o bien, de causalidad como aplicación o transferencia de energía, desde cada una de las cuales son, desde luego, inconcebibles “*eventos* negativos” (como la modificación de un estado de cosas que no tiene lugar)—, reluctancia que, sin embargo, podría neutralizarse si se adoptara una *noción explicativa* de causalidad, con arreglo a la cual una relación causal pudiera ser presentada a partir de un argumento explicativo en cuyo *explanans* serían susceptibles de incluirse también *hechos* negativos (como la no ejecución de una acción), en tanto que condiciones *parciales* negativas en la explicación del

*causal*¹⁴⁴⁰—, al sujeto omitente no se imputa la producción de un resultado —pues, a pesar de dicha equivalencia, no ha desplegado ninguna acción productiva del mismo—, sino que precisamente la falta de ejecución de una acción que pudiese haberlo impedido¹⁴⁴¹. Esto último es lo único que lógicamente puede subsumirse como supuesto de contravención de aquello que la respectiva norma de requerimiento puede solicitar de alguien situado en esa posición. El segundo presupuesto particular de un delito impropio de omisión se refiere, como se sabe, al sujeto que puede contar como destinatario de la respectiva norma de mandato, y que, por la especial *relación* que guarda con determinados bienes jurídicos o con determinadas fuentes de peligro, está obligado a proteger aquellos bienes o a supervisar estas fuentes, ocupando, por mor de dicha relación, una posición de garante. Las normas de requerimiento solo tienen como destinatarios a garantes; los demás sujetos, aun cuando podrían encontrarse *de facto* en posición de impedir la lesión del bien jurídico en liza, son jurídicamente inidóneos para quebrantar tales normas de comportamiento. Lo anterior explica que, con un amplio sector doctrinal, los delitos impropios de omisión puedan considerarse, desde un punto de vista estructural, delitos especiales¹⁴⁴².

Ahora bien, del mismo modo que en el delito comisivo, también tratándose de hechos omisivos resultan plenamente diferenciables los presupuestos de los que depende la

acaecimiento de un resultado. Esto último permite advertir que no solo las omisiones, sino también las acciones forman parte de un variado set de factores que *en su conjunto* permiten explicar causalmente el hecho de que tenga (o no) lugar un determinado resultado, y que de manera independiente generalmente no son suficientes. Véase al respecto BIRNBACHER, «Unterlassungen», en KÜHLER/RÜTHER (eds.), *Handbuch Handlungstheorie*, 2016, p. 95.

¹⁴⁴⁰ Como se sabe, el tema ha sido objeto de una antigua y profusa discusión. Generalmente sobre la base del adagio “de la nada, nada surge” (*ex nihilo nihil fit*), la doctrina todavía mayoritaria solo admite una *cuasi-causalidad* o una causalidad hipotética en la omisión. Por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (2000), pp. 41 y ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 29/15 y ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 31/17 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 12/79. En cambio, favorables a la tesis de que las omisiones pueden exhibir relevancia causal, por ejemplo, ya ENGISCH, *La causalidad*, p. 64; PUPPE, *Indret*, 4 (2008), pp. 30 y ss., 34 y ss. En la dogmática española, asigna a la omisión el carácter de condición negativa, con idéntico valor causal que la acción (como condición positiva), con una visión contrafactual de la causalidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *La antijuridicidad*, p. 673, nota 115. Haciendo referencia a una concepción lógico-epistemológica bajo la cual las omisiones podrían constituir condiciones negativas de un resultado, véase SILVA SÁNCHEZ, *LH-Quintero Olivares*, pp. 461 y s., pero advirtiendo a la vez que, si bajo dicha concepción, matar significa poner una condición (en este caso, negativa) de la muerte de otro, entonces toda no-evitación de una muerte “mata”.

¹⁴⁴¹ Por supuesto, dado que las condiciones negativas para el acaecimiento de un evento podrían multiplicarse a placer, cabrá tener especialmente en consideración dos aspectos: que, a pesar de estar guiada por leyes generales, la explicación causal es una relación que se establece entre hechos particulares, y que el interés cognitivo de dicha explicación causal estará determinado especialmente por aquellas acciones que se esperaba que ejecutase el o los concretos agentes en cuestión. Para esto último cabe considerar con VON WRIGHT, *Norma y acción*, p. 63, que como acción impeditiva (solamente) cuenta aquella que, de ser ejecutada, no operaría una modificación en el mundo que, en cambio, de otro modo sí tendría lugar. Con ello, en el contexto que aquí interesa, viene en consideración como condición negativa la falta de ejecución no de cualquier acción, sino de una que hubiese revestido la propiedad de impedir el resultado en cuestión y, en el caso de los delitos impropios de omisión, predicable solo respecto de quienes existe la expectativa normativa de que actúen.

¹⁴⁴² En detalle al respecto, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 38 y ss.

infracción de la respectiva norma de comportamiento de aquellos otros de los cuales depende la imputabilidad de su quebrantamiento. Por la naturaleza de los problemas que aquí interesan, lo anterior rige especialmente respecto del primer nivel de la imputación jurídico-penal, concerniente a la capacidad de acción. Pues, aunque tradicionalmente dentro del concepto de omisión y, por esta vía, también al interior del “tipo objetivo” de los delitos omisivos, las capacidades del agente se tengan ya por sobreentendidas, según la tesis que aquí se defiende, frente a la caracterización de un comportamiento como *realización de un tipo omisivo*, por de pronto, únicamente interesa la pregunta de si el sujeto obligado, en efecto, ha ejecutado o no una acción que ejemplificase el tipo de acción que le era requerida (la impeditiva de un resultado de cierta clase), para luego, en un paso analítico distinto, consultar la presencia o ausencia de las capacidades que habrían permitido al sujeto en cuestión concretar dicha norma de requerimiento en el deber de ejecutar alguna (de las eventualmente varias alternativas de) acción impeditiva, cuya falta de ejecución intencional podría contar entonces como una *omisión*. Con otras palabras, la constatación de no haberse ejecutado, por parte de uno o más sujetos, alguna acción que fuese instancia de impedimento de una clase de resultado solamente permite que dicho comportamiento se deje *describir* como una omisión (y, por ello, como una realización típica omisiva), pero no todavía que se deje *imputar* como una omisión contraria a un *deber* de garante, para lo cual, en cambio, se precisará afirmar su carácter evitable, sobre la base —ahora sí— de las concretas capacidades individuales de los (solo en tal medida) *agentes* omitentes¹⁴⁴³. De nuevo, entonces, la prioridad que exhibe la pregunta acerca de si uno o varios sujetos podrían haber impedido un determinado evento, desde un punto de vista lógico, presupone afirmado aquello de cuya evitación justamente se trataba¹⁴⁴⁴.

De esta manera, si uno o más garantes dispusieran de las capacidades físicas y epistémicas necesarias para realizar la acción impeditiva de un resultado y, sin embargo, no la

¹⁴⁴³ En esa misma dirección, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 121 y 259; MAÑALICH, *RUCN*, 21 (2014), p. 233, nota 25, con el matiz de que tales autores parecen sostener que sería el concepto de omisión (y no, como aquí, el de un hecho omisivo o de una realización típica omisiva) el que no necesitaría incluir las capacidades individuales de los agentes omitentes. De manera contraria a la anterior, la doctrina absolutamente dominante dice incluir la capacidad de ejecutar la acción requerida dentro del “tipo objetivo” de la omisión. Frente a este presuntamente amplio consenso, sin embargo, cabría contraponer el extendido rechazo que simultáneamente genera la tesis finalista según la cual el concepto de omisión tendría que incluir el efectivo conocimiento de la situación típica, frente a la cual la doctrina dominante solo exige —especialmente con miras a hacerla compatible con una eventual imputación a imprudencia— una “posibilidad de conocimiento”, con lo cual se pierde de vista que justamente de ese conocimiento tendría que depender determinadamente, si bien no la infracción misma del mandato —a tenor de la tesis finalista—, sí la capacidad de acción u omisión individual del agente. Para la exigencia comentada, por ejemplo, KAUFMANN, ARM., *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), 2006, pp. 60 y ss.; para una detallada exposición y crítica del argumento finalista, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., pp. 44 y ss.

¹⁴⁴⁴ Con otras palabras, la prioridad que en términos de análisis exhibe la *applicatio legis ad factum* respecto de la *imputatio facti* rige de manera indiferenciada respecto de tipos comisivos como omisivos. Al respecto *supra* Cap. Primero, apdo. II.

ejecutasen, la realización del respetivo delito impropio de omisión podría imputárseles ordinariamente a título de dolo. En cambio, si los garantes no hubiesen podido omitir intencionalmente la ejecución de dicha acción impeditiva, por carecer del conjunto de capacidades necesarias para ello, la falta de impedimento de ese resultado aún podría imputárseles extraordinariamente, en caso de que el déficit que les hubiese afectado se explicase con cargo a la infracción de una exigencia de cuidado que los habría situado en condiciones de poder ejecutar esa instancia de impedimento. Sobre las particularidades de esta última operación en los delitos omisivos se volverá próximamente.

2. Vigencia y ventajas de un concepto diferenciado de interviniente en los delitos omisivos

El análisis de una posible coautoría entre garantes omitentes (sea que el hecho se impute a título de dolo o de imprudencia), desde luego, carecería de todo sentido si en los delitos omisivos fuese aplicable un concepto unitario de interviniente. Las razones que sumariamente se exponen en este apartado tienen como propósito respaldar que, también en estos delitos, pueda y sea proficuo diferenciar entre categorías de intervinientes, lo que, a su vez, abre la vía a una eventual coautoría en contextos de pluralidad de omitentes.

Como no podría ser de otro modo, frente a la pregunta sobre la aplicabilidad de las categorías de la intervención delictiva en un delito omisivo, lo primero que cabría consultar es si es el ordenamiento respectivo dispensa una regulación especial. Esto no suele ser así, y ciertamente, ni el CPE —como muestran sus artículos 27 y ss.—, ni el CPCh —como se aprecia en sus artículos 14 y ss.—, que no hacen distinción alguna al respecto, son la excepción. En las legislaciones que recogen un concepto diferenciado de interviniente y, además, diversas modalidades de autoría, cuando se hace referencia al objeto en el que se interviene —el “hecho”, “hecho punible” o “delito”— regularmente no se especifica si este ha de ser comisivo u omisivo. Por ende, la regla general es que ya *de lege lata* no existan obstáculos en operar de manera diferenciada también en el ámbito de las omisiones punibles —“donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo”—, lo cual, dicho sea de paso, permite plantear la discusión —que aquí no podrá desarrollarse— sobre la participación en los delitos omisivos, como también sobre la participación por omisión.

En términos estrictamente teóricos, en cambio, la conclusión anterior se sustenta en que las razones que fundamentan y hacen favorable la distinción entre categorías de intervinientes en hechos comisivos son exactamente las mismas que aconsejarían a proceder de manera diferenciada tratándose de hechos omisivos. Además de las ofrecidas y desarrolladas a nivel general en su oportunidad, en lo que ahora interesa, resulta

fundamental poner en conexión dos argumentos, a saber: que rige (también aquí) la diferencia entre acciones principales y auxiliares, y que las modalidades de intervención delictiva constituyen criterios de imputación. En efecto, es perfectamente posible que la falta de ejecución de alguna acción impeditiva, como instancia de quebrantamiento de alguna norma de requerimiento, a pesar de representar el objeto común de imputación para dos o más intervinientes en ese hecho omisivo, resulte diferenciadamente imputable a estos (a título propio o ajeno), según la base que cada cual, mediante su propia omisión, haya suministrado para dicha imputación¹⁴⁴⁵. Así como no todo aporte a la realización de un hecho comisivo cuenta como quebrantamiento de una norma de prohibición (esto es, como acción principal), correlativamente, no toda falta de ejecución de una acción impeditiva se deja interpretar *sin más* como el quebrantamiento de la respectiva norma de requerimiento. Este último no es el caso cuando la omisión en que incurren uno o más sujetos, a pesar de contar como destinatarios de una norma de requerimiento (y ser, por ende, garantes), solamente favorece la realización de un tipo delictivo (comisivo u omisivo) por parte de otro u otros. Asumir lo anterior, empero, depende crucialmente de eludir el elemento distractor consistente en que la constatación del resultado que uno o más sujetos tendrían que haber impedido sería *por sí misma* indicativa de que estos han infringido sus respectivos deberes de garante —y que, por tal razón, la acción omitida por ellos sería siempre equiparable sin más con la producción del resultado—¹⁴⁴⁶, dado que ese antecedente no decide aún si la acción cuya falta de ejecución se les imputa a tales sujetos realmente habría contado como una instancia de impedimento o bien, solo habría contribuido a ello. Pues el hecho de que uno o más sujetos exhiban una determinada posición (de garantía), que los hace eventuales destinatarios de una norma de requerimiento, no significa que esta siempre haya de concretarse para ellos en un deber (en sentido práctico), ya que esto último presupone que estén en una situación tal que haga *inmediatamente* aplicable dicha norma, que es precisamente lo que no sucede tratándose de una acción auxiliar. En breve: el hecho de que un sujeto ostente una posición de garante no tiene el efecto de convertir acciones auxiliares en principales.

De esta manera, si un comportamiento omisivo no guarda una relación de equivalencia estructural y material con la ejecución de una acción productiva de semejante resultado, sino más bien con la de un comportamiento activo de favorecimiento, entonces aquella

¹⁴⁴⁵ MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), p. 265.

¹⁴⁴⁶ Así, sin embargo, ROXIN, *PG*, t. II, § 31/65: “(...) no se puede efectuar una graduación valorativa entre deberes de garante que se ‘corresponden’ más con la autoría o más con la cooperación o complicidad en los delitos comisivos, porque cada deber de garante tiene igualmente por contenido la evitación del resultado”. En contra de lo anterior, bastaría con considerar casos de injerencia en los que el actuar precedente consiste en una acción de favorecimiento; en ellos, el garante está obligado a conjurar únicamente los riesgos creados por su comportamiento, es decir, suprimir el eventual efecto de favorecimiento al hecho principal de un tercero. Como señala HAAS, *ZIS*, 5 (2011), p. 396, sería valorativamente contradictorio que un hacer previo fuese considerado como complicidad, pero la omisión posterior fundamentase autoría.

ha de considerarse “nada más que” auxiliar, no genéricamente de cara a la producción del resultado, sino específicamente con la acción principal que cuenta como productiva o no impeditiva del mismo¹⁴⁴⁷. Pero precisamente por esto último, tampoco podría consistir en la mera no interposición de obstáculos o de impedimentos, o en la falta de reducción de un riesgo¹⁴⁴⁸, sino que debe significar una mejora en la capacidad de ejecutar la acción u omisión que cuenta como principal, *v. gr.*, facilitándola, haciéndola más expedita, removiendo obstáculos, no controlando objetos peligrosos susceptibles de ser utilizados por terceros o, eventualmente, no impidiendo el auxilio prestado activamente por otro, teniendo el deber de hacerlo, etc.¹⁴⁴⁹ También cabría agregar aquí el supuesto en que, tratándose de un delito especial propio, el resultado no impedido por el garante no puede serle imputado a título de (co)autor, por no pertenecer al respectivo círculo de autores¹⁴⁵⁰.

Lo recién sostenido se deja complementar con el siguiente argumento, extendido entre quienes favorecen la diferenciación entre categorías de intervinientes en los delitos omisivos, a saber: la “sobrevaloración del aporte” implicada en la pretensión de tratar a

¹⁴⁴⁷ Esto último podría ocurrir, como señala SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, pp. 32 y s., si un sujeto delegante incumple alguna de las funciones que conserva, pese a la delegación, como la de vigilar o supervisar al sujeto delegado, o la de suministrarle la información o medios económicos y materiales necesarios para cumplir las funciones cuya competencia ha delegado en él. Concretamente, si entre ellas está la de impedir la comisión de hechos delictivos por parte de terceros subordinados, y el delegado incumple dicha función, este podría venir en consideración como autor del respectivo hecho, como delito impropio de omisión, y, a su vez, el delegante, que ya no puede evitar directamente la realización de ese hecho, podría ser partícipe del hecho omisivo del delegado —como sugiere Silva Sánchez— en virtud de no haber instado a este último a ejercer tal control.

¹⁴⁴⁸ Contraponen la infracción de deberes de garantes que fundamentan autoría frente a otros que solo fundamentan participación, MURMANN, *FS-Beulke*, pp. 186 y ss., para quien, sin embargo, el injusto de participación se fundaría en la lesión de un deber de garante cuyo fin de protección sería la disminución del riesgo del hecho principal (*ibidem*, pp. 189 y 194), lo que, aparentemente según su opinión, sería equivalente a hacer descansar ese injusto en un incremento jurídicamente desaprobado del riesgo del hecho principal (*ibidem*, p. 195). Más allá de la similitud de este planteamiento con la (problemática) tesis que asocia el injusto del partícipe a un delito de peligro, obsérvese que, en cualquier caso, de la no disminución de un riesgo no necesariamente se sigue su incremento: puede ser que la omisión de un sujeto en nada optimice una capacidad ejecutiva en el autor, por sí misma autosuficiente, por lo que no dificultar el hecho no siempre redundará en algo equivalente a su favorecimiento activo. Así ya SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., p. 371.

¹⁴⁴⁹ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), pp. 57 y s. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 76; EL MISMO, *Estudios sobre los delitos de omisión*, pp. 121, 123, y, especialmente, 260 y s., nota 110; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, 38 (1989), p. 389, defendiendo la tesis según la cual los tipos de la Parte especial serían “tipos de autor”, de manera que los casos de participación en “comisión por omisión” tendrían que exhibir equivalencia estructural con el “tipo del partícipe”. En cambio, según la propuesta aquí esbozada, la equivalencia material eventualmente reconocible entre un comportamiento auxiliar omisivo con otro activo no reside en el compromiso normológico de que a los partícipes se dirigiría una norma de comportamiento distinta, pues, como se ha insistido, lo que distingue a estos de los autores no es el objeto de imputación, sino la base que fundamenta una imputación que se deja estructurar, por mor de dicha base, de manera diferenciada. En todo caso, lo determinante es que, bajo estos términos, la distinción entre garantes omitentes autores y garantes omitentes partícipes no queda definitivamente establecida por el contenido del “deber” de garante (aunque ciertamente este configure la clase de acción cuya ejecución les es requerida), sino por la forma en que concretamente su comportamiento omisivo sirve a la explicación del no impedimento de un resultado.

¹⁴⁵⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, 38 (1989), p. 390.

un sujeto como autor por el solo carácter omisivo de su comportamiento, en circunstancias tales de que la misma contribución, desplegada en forma activa, probablemente solo habría fundamentado una imputación a título de participación¹⁴⁵¹. Para ilustrar el argumento con un “caso de manual”, supóngase que A, asistente a una obra de teatro, entrega al guardarropa G un abrigo en cuyo bolsillo se encuentra un revólver cargado, con el cual G, mientras lo maniobra descuidadamente, dispara al trabajador T, causando su muerte. Ciertamente, en el caso descrito A no ha adoptado las medidas de aseguramiento que le eran requeridas en su condición de garante (de control de una fuente de peligro), y, sin embargo, bajo la descripción del tipo de homicidio, su comportamiento difícilmente podría contar como acción principal, por faltar aquella relación de correspondencia material con alguna acción que directamente hubiese producido la muerte de otro (como, por ejemplo, la desplegada por el propio G). Para confirmar este aserto bastaría con imaginar que, *ceteris paribus*, A hubiese entregado de propia mano el revólver a G; pocas dudas albergaría entonces la caracterización de dicha contribución como acción auxiliar¹⁴⁵². Pero a la misma conclusión se arriba tras consultar qué habría sucedido si, por el contrario, A no hubiese facilitado un revólver a G, por no omitir quitarlo del interior de su abrigo: entre las descripciones posibles de ese comportamiento, en efecto, difícilmente se encontraría disponible la de que, *por esa vía*, A habría impedido *inmediatamente* la muerte de un tercero, pues, a partir de ese comportamiento, A solo habría dejado —independientemente de que lo sepa o no— de *preparar* la ejecución de una eventual acción productiva de ese resultado a cargo de otro.

Así pues, en general podría sostenerse que, tratándose de garantes cuya omisión consiste en no asegurar objetos constitutivos de fuentes de peligro que luego pueden ser utilizados por terceros —respecto de quienes no ejercen una función de custodia y que son autorresponsables— su base de imputación se reduce solamente a que el hecho ha sido realizado por otro empleando ese objeto como medio¹⁴⁵³, de manera que únicamente podría quedar obligado a retirar *ese* aporte; corresponde, pues, a un genuino caso de *intervención omisiva* de un garante en el hecho (comisivo u omisivo) de otro¹⁴⁵⁴. La situación es distinta, en cambio, tratándose de garantes cuyo deber consiste en la protección de determinados bienes jurídicos, cuando para ellos el mandato de evitar la

¹⁴⁵¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP* (1995), pp. 237 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 286.

¹⁴⁵² Pocas dudas albergaría también el hecho de que, a pesar de no haber adoptado la respectiva medida de aseguramiento, por no tratarse de una acción principal, mediante su ejecución no estaría iniciando ninguna tentativa de delito.

¹⁴⁵³ En ese sentido, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 29/102; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 72, 75 y ss. Véase también RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 47/152.

¹⁴⁵⁴ Ahora bien, puesto que se trata de una acción auxiliar no cabe descartar, de antemano, que ese mismo comportamiento omisivo pueda crear un déficit de competencia en quien ejecuta el hecho (por ejemplo, como instancia de autolesión de un inimputable) y, en tal virtud, fundamentar una estructura de autoría mediata por omisión.

lesión de tales bienes se actualiza situacionalmente en el deber de impedir una concreta acción lesiva por parte de un tercero¹⁴⁵⁵, y siempre que su falta de impedimento se deje equiparar materialmente con una acción productiva del mismo¹⁴⁵⁶. Ante este escenario, pues, se trata ya del propio *hecho omisivo* de un garante, y no de su intervención omisiva en el hecho de otro, pues el primero no es accesorio del segundo —la misma responsabilidad se generaría para él si el peligro que amenaza al bien jurídico en cuestión procediese de la naturaleza—, sino constitutivo de un hecho delictivo distinto.

Con apoyo en lo anterior, puede advertirse nítidamente el principal defecto que aqueja a las concepciones unificadoras de interviniente en los delitos impropios de omisión, a saber: asignar a la posición de garantía, calidad especial que restringe el espectro de destinatarios de una norma de requerimiento, la función de fundamentar la condición de autor de todo sujeto interviniente. En contraste con dicho planteamiento, cabe insistir en que la posición de garantía únicamente constituye un *presupuesto* para que uno o más intervinientes sean considerados autores en los delitos impropios de omisión, pero no define dicha calidad, pues ella depende de que la realización típica les resulte imputable a título propio, y esto, a su vez, de la base de imputación que se deja construir a su respecto a partir de la calidad y medida que concretamente reviste su contribución al hecho¹⁴⁵⁷. Tanto esta independencia categorial entre posición de garantía y autoría, como el carácter inherentemente sensible al contexto que exhiben las contribuciones prestadas a la realización de una concreta instancia de realización típica (comisiva u omisiva), permiten reiterar que, aunque la específica acción impeditiva —cuyo deber de ejecución puede fundamentar para varios garantes una misma norma de requerimiento— dependerá, ciertamente, de la posición de garantía que los sujetos en cuestión ocupen previamente, bien con respecto a un bien jurídico que han de proteger, bien con respecto a una fuente de peligro que han de controlar, semejante posición no puede definir *a priori* la categoría de intervención delictiva individualmente aplicable, pues la identificación de esta última justamente dependerá de la relación que *en concreto* se deje establecer entre el comportamiento de todos quienes concurren en el hecho¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ Así, son autores de tales hechos si, como señala PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, p. 125, el único medio de que disponen para evitarlos es impedir la propia agresión por parte del tercero.

¹⁴⁵⁶ En virtud de dicha exigencia, inherentemente relativa al tipo de delito de que se trate, es posible que un garante omitente, a pesar de desempeñar una función de protección, no sea siempre autor. Por ejemplo, el portero que, durante un turno de noche, omite cerrar la puerta del edificio y con ello facilita la entrada de otros sujetos que perpetran un robo. El mero hecho de revestir una posición de garantía no puede convertir en autor al portero, pues, de haber abierto él mismo la puerta, probablemente no sería dudosa su calificación como cómplice.

¹⁴⁵⁷ Para una nítida diferenciación categorial entre autoría y posición de garantía, MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), pp. 244 y s.

¹⁴⁵⁸ Justamente el defecto que padece, en su formulación más estandarizada, la teoría del “contenido del deber”, con arreglo a la cual la condición de autor o partícipe de un garante omitente vendría, por así decirlo, “genéticamente determinada” por la clase de posición de garantía que ostentarían los intervinientes en

3. La imputación de un delito impropio de omisión por imprudencia y a título de coautoría entre co-garantes

La posibilidad de imputar a dos o más garantes, a título de coautoría, un delito impropio de omisión por imprudencia requiere acometer tres cuestiones básicas, a saber: ¿puede realizarse conjuntamente un tipo omisivo?; ¿bajo qué condiciones dos o más co-garantes pueden ser coautores?; y, por último, ¿cómo se articula la imputación por imprudencia de un hecho omisivo realizado conjuntamente por dos o más sujetos? En lo que sigue se ofrecerá un análisis separado de tales asuntos.

3.1. La infracción conjunta de una norma de requerimiento como presupuesto de la coautoría en un delito omisivo

Frente a la pregunta de si dos o más sujetos pueden responder a título de coautores por un (mismo) hecho omisivo pueden concebirse al menos tres respuestas. Según la primera de ellas, la articulación de una coautoría entre varios sujetos omitentes no es conceptualmente posible. De acuerdo con una segunda visión, una omisión conjunta es teóricamente factible, mas la función práctica de la coautoría en delitos omisivos es limitada. Por último, la realización conjunta de un tipo omisivo no solo es conceptualmente posible, sino que también puede cumplir una función constitutiva, aunque ella no agote su ámbito aplicativo. Esta última tesis es la que se defenderá.

Las voces minoritarias, que ya por razones de índole conceptual rechazan una posible coautoría en delitos omisivos, denuncian una presunta incompatibilidad entre sus elementos estructurales. En términos sintéticos, tres son las críticas principales. Por una parte, hay quienes han considerado incompatible ya el dolo con el “acuerdo” entre coautores¹⁴⁵⁹, o que, en cualquier caso, dicho “acuerdo” —y, con este, el “fundamento de la coautoría”— no cumpliría ninguna función cuando los garantes, por sí solos, ya pueden realizar la acción de salvamento¹⁴⁶⁰. La objeción más reiterada contra una coautoría en delitos omisivos, sin embargo, se basa en la supuesta imposibilidad de división del trabajo entre omitentes¹⁴⁶¹. En conexión con lo anterior, se invoca también la naturaleza

cuestión; los garantes de protección responderían como autores, mientras que los garantes de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, dependiendo del caso, podrían ser autores o cooperadores. Para una defensa de esa tesis, paradigmático, HERZBERG, *Täterschaft*, pp. 82 y ss., especialmente p. 98. En contra, ROXIN, *PG*, t. II, § 31/160 y ss., esgrimiendo, entre otras, la muy extendida crítica de que la distinción entre deberes de protección y vigilancia no siempre sería totalmente clara.

¹⁴⁵⁹ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 202.

¹⁴⁶⁰ MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, pp. 136 y s.

¹⁴⁶¹ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 202; MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, pp. 138 y s.; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 652.

altamente personal (y, por ende, individual) que, en general, revestirían los deberes de garante¹⁴⁶², o al menos aquellos que descansan en una relación institucional¹⁴⁶³, por lo que la opción de una omisión conjunta, basada en la imputación de omisiones ajenas, se hallaría excluida.

Ninguno de los reparos mencionados parece totalmente concluyente. En primer lugar, no hay imposibilidad alguna en que, de cara a la falta de ejecución de una acción (cualquiera), exista convergencia en los planos cognitivo e intencional entre varios sujetos. En este caso, entre quienes son co-garantes solo se necesita que dicha convergencia esté referida al hecho de que entre todos no ejecutan una determinada acción¹⁴⁶⁴, mientras que la creencia o la ignorancia de que ese comportamiento conjunto satisfaría las circunstancias fácticas de un tipo omisivo constituyen compromisos cognitivos de segundo orden, que sirven de base para la potencial atribución de dolo o de imprudencia por dicha falta de ejecución conjunta. Esta precisión tiene la relevancia de que, para hablar de omisión conjunta, no se necesita que entre los co-garantes exista positivamente una “decisión conjunta” o un “acuerdo” en orden a no ejecutar la acción requerida (para una potencial “coautoría omisiva dolosa”), o bien, en orden a omitir la adopción de una medida de cuidado (para una potencial “coautoría omisiva imprudente”), ya que la omisión conjunta como tal únicamente se refiere a la falta de ejecución de cierta acción, esto es, una coautoría omisiva *simpliciter*, cuya imputación subjetiva dependerá de la creencia predictiva o errónea por parte de tales sujetos de que la acción no ejecutada conjuntamente por ellos constituiría una instancia de no impedir una clase de resultado¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶² MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung*, p. 136; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 653 y ss., quien añade lo supuestamente innecesario de recurrir a la coautoría en casos como el *espray para cuero*, en donde el voto de cada miembro de un órgano colegiado, de acuerdo con la fórmula de la condición mínima suficiente, permitiría imputar el hecho a cada votante ya a título de autoría directa.

¹⁴⁶³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 29/106; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP* (1995), p. 213; VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 210, quien excluye la coautoría solo tratándose de la infracción de deberes institucionales, mas no de los que surgen del ámbito propio de organización.

¹⁴⁶⁴ Tratándose de compromisos prácticos, la convergencia únicamente necesita ser negativa: compartir la intención de no hacer de la respectiva norma de comportamiento o del resguardo de las propias capacidades una razón para la acción, con independencia de cuál sea la intención positiva cuya realización se proponen.

¹⁴⁶⁵ En cambio, a propósito de la coautoría en delitos de comisión por omisión imprudente, HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 296 y s., exige una “decisión de omisión conjunta” de la acción ordenada, sin que esta incluya, desde luego, la producción —mejor: el no impedimento— del resultado. Ahora bien, más allá de los reparos generales que suscita la extendida fórmula “decisión conjunta”, tratándose de delitos omisivos, acaba siendo adicionalmente problemático articular el nexo intersubjetivo de los potenciales coautores sobre la “decisión *de omitir* conjuntamente una acción”, pues, como se anticipó, es perfectamente normal que dos o más sujetos solo decidan ejecutar una determinada acción, pero que, en cambio, esa decisión no incluya la no ejecución de una acción distinta a la ejecutada (y a la inversa: que decidan no ejecutar conjuntamente una acción, sin que a la vez decidan ejecutar conjuntamente una acción distinta). Desde luego, el problema no dice relación con la identidad de tales comportamientos, ya que, con arreglo a una teoría de grano grueso sobre la individuación de acciones, perfectamente podría sostenerse que, bajo ciertas circunstancias, “ejecutar x” y “no ejecutar y” podrían ser descripciones alternativas, pero de un mismo comportamiento. Lo problemático, más bien, reside en que los estados intencionales no son propiedades

Por otro lado, en lo que hace a la supuesta imposibilidad de realizar conjuntamente un tipo omisivo, resulta crucial reparar en que, en general, un hecho omisivo no viene definido por una mera inactividad o pasividad —para las cuales, desde luego, sería irrelevante el comportamiento de otro—, sino por no haber condicionado una cierta modificación en el mundo, que no ha tenido lugar precisamente porque, en tales casos, no solo uno, sino dos o más sujetos no han ejecutado una determinada clase de acción. Así, tratándose de un delito de omisión impropio, nada obsta a la posibilidad de que varios sujetos no ejecuten conjuntamente una acción impeditiva; pues, al igual que en los comportamientos activos, también con respecto a la falta de ejecución de una acción se encuentra disponible tanto una lectura atómica como unificadora de un suceso, sin que una excluya a la otra. Bajo tales condiciones, puede igualmente aquí identificarse un comportamiento complejo, una *omisión conjunta*, a cuya composición contribuye la falta de ejecución de la acción debida por parte de cada sujeto obligado a ella¹⁴⁶⁶.

Por último, la factibilidad de una imputación recíproca —mejor: de un quebrantamiento conjunto de una norma de requerimiento— solicita identificar con precisión dónde reside el elemento personal envuelto en los delitos impropios de omisión, a saber: en la *relación de garantía*. Por esta última cabe entender el vínculo especial que existe entre un sujeto y un determinado bien jurídico o una determinada fuente de peligro, vínculo que es susceptible de fundamentar para él ciertos deberes de acción a los que no se encuentran obligados quienes no participan de una relación tal. Nada obsta, sin embargo, que, por mor de sus propias relaciones individuales con un mismo bien jurídico o con una misma fuente de peligro, varios sujetos se encuentren a la vez en una (idéntica o diversa) posición de garante frente a ellos, de manera tal que la falta de ejecución de la acción que les es requerida (por idénticas o diversas razones), en aras de cumplir con sus respectivas funciones de protección o supervisión, pueda situarlos en una misma posición *deóntica*, por lo que su incumplimiento podría contar como una infracción de deber conjunta. En consecuencia, se exhibe nuevamente aquí la necesidad de diferenciar esta última modalidad de infringir un deber (esto es, conjuntamente) de lo que, con arreglo al principio de imputación recíproca, solo puede comprenderse (de manera insatisfactoria) como una infracción de deber que es en parte propia, y en parte ajena.

extensionales, sino intensionales, por lo que la adscripción de la creencia e intención de “ejecutar *x*” no tiene por qué incluir, sin más, la de “no ejecutar *y*”, pues esto dependerá de que los coagentes, efectivamente, hayan abrazado ambos estados intencionales, lo cual es contingente.

¹⁴⁶⁶ En favor de la posibilidad de una “omisión conjunta”, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, p. 173, precisando que no se trata de una “coautoría de omisión”, pues el comportamiento omisivo cada coautor, naturalmente, no cuenta como la “omisión de una parte del hecho”, sino más bien de una “omisión en coautoría”, es decir, de la realización conjunta del respectivo delito omisivo. Sobre la noción de “omisión conjunta”, véase también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 132 y s.

Que la coautoría en un delito omisivo sea teóricamente plausible, mas con una limitada relevancia práctica —segunda de las alternativas arriba enunciadas—, es la afirmación que probablemente sintetiza el parecer dominante. En efecto, la coautoría entre co-garantes tiende a considerarse innecesaria cuando estos pueden ser responsabilizados ya de manera individual, como autores directos, por lo que aquella estructura de imputación quedaría reservada exclusivamente para los casos en que la respectiva acción impeditiva solo podría haber sido ejecutada por varios sujetos¹⁴⁶⁷. De esta manera, según el modo de proceder de la doctrina dominante, el ámbito aplicativo de la coautoría en los delitos omisivos queda así restringido “nada más que” a supuestos que, desde un punto de vista estructural, se corresponden con escenarios de *causalidad alternativa*¹⁴⁶⁸, ya que, si la acción impeditiva tiene que ser ejecutada por varios, para que no se impida el resultado basta con que uno de los garantes no realice su parte de la acción impeditiva, hasta el punto de que, si omite más de uno, el no impedimento del resultado se encontraría sobrecondicionado¹⁴⁶⁹. En ese sentido, el reconocimiento de la coautoría (sobre la base de una acción conjunta que no se ejecuta) está íntimamente ligado a la incapacidad

¹⁴⁶⁷ En la doctrina española, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 4ª ed., p. 379; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 31/37; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 15/25. De esa misma opinión en la doctrina alemana: HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., § 25/150; JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/272; ROXIN, *PG*, t. II, § 31/172 y s.; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/237.

¹⁴⁶⁸ Para la inversión que bajo la estructura de la omisión experimenta el análisis de constelaciones de causalidad alternativa y cumulativa, véase, por ejemplo, JOERDEN, *Logik im Recht*, pp. 90 y ss.

¹⁴⁶⁹ Sin perjuicio de la tendencia dominante, otro sector minoritario quiere solucionar por la vía de la autoría directa (de cada uno de los garantes omitentes) incluso los casos en que la respectiva acción impeditiva solo podría haberse realizado conjuntamente. En ese sentido, véase PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/124; KREUZBERG, *Täterschaft*, pp. 58 y s. El argumento parte de la base de que el deber de actuar por parte de un sujeto que es garante no solo se activaría cuando es seguro que puede prevenir la producción del resultado, sino también si existe una chance para ello. Por ejemplo, si, para rescatar a un niño que se hunde en un pantano, es necesario el esfuerzo físico tanto del padre como de la madre, en atención a que existe esa chance de salvamento, ambos se encontrarán obligados a realizarlo, hasta que el incumplimiento del deber de parte de alguno de ellos (*v. gr.*, por la vía de alejarse del sitio) torne definitivamente imposible que el otro cumpla con su propio deber. Según Puppe, el deber del garante cesaría en ese momento, pues nadie está obligado a ejecutar actividades carentes de sentido. Nótese, sin embargo, que lo anterior en nada altera el hecho de que la acción indicada, es decir, la situacionalmente apropiada de cara a un salvamento eficaz, sigue siendo una acción conjunta. Desde luego, si esta finalmente no tiene lugar es porque, individualmente, cada uno de los sujetos dejó de hacer algo (que tenía que haber hecho), pero así solo logra especificarse el fracaso del rescate, mas no las condiciones bajo las cuales este habría sido exitoso. De esto último es suficientemente indiciario el hecho de que si llegara a ejecutarse exitosamente la acción impeditiva —en el último ejemplo, si ambos padres se sumergen en el pantano y rescatan al niño— ninguno de los co-garantes podría atribuirse exclusivamente el mérito de haber ejecutado él solo dicha acción de salvamento.

En este contexto, también HAAS, *ZIS*, 5 (2011), p. 397, ha insinuado que la coautoría no sería necesaria, pues los garantes de todos modos “tienen la obligación de influir sobre los demás garantes para ejecutar la acción necesaria”, y que, en cambio, para el caso de que, con arreglo a un acuerdo previo, los garantes definitivamente se rehúsen de actuar, podría recurrirse a la figura de la *omissio libera in causa*. Frente a lo anterior, en primera línea, debe advertirse que las relaciones de garantía solo imponen la función de proteger ciertos bienes jurídicos y controlar determinados riesgos; la de tener que coordinarse eventualmente con otros sujetos, que también están situados en esa misma posición —y que, por ende, son co-garantes—, corresponde más bien a un imperativo hipotético, es decir, a la aplicación de un medio a partir del cual aquellos se ponen recíprocamente en condiciones tales de poder ejecutar la respectiva acción impeditiva. Que en virtud de la puesta en ejercicio de dicho medio tales sujetos cumplan sus respectivos deberes de garante no elimina el carácter conjunto de la acción impeditiva a través de la cual consiguen tal objetivo.

individual de cada uno de los co-garantes, y que impediría atribuirles el hecho *qua* omisión¹⁴⁷⁰. En cambio, tratándose de supuestos de *causalidad cumulativa* en los delitos impropios de omisión, esto es, cuando la acción impeditiva puede ser ejecutada individualmente por cualquiera de los sujetos obligados, de manera que el acaecimiento del resultado de cuyo impedimento se trata precisaría la omisión de todos ellos, a tenor de la opinión predominante antes mencionada, la afirmación de una coautoría por omisión devendría aparentemente superflua.

Se invierten así los términos bajo los cuales se discute el ámbito aplicativo de la coautoría en los delitos comisivos de resultado puros. En estos últimos, el carácter supuestamente innecesario de la coautoría se invoca tratándose de casos de causalidad alternativa (dos o más acciones individuales productivas de un mismo resultado), mientras que, a la inversa, esta estructura de imputación se considera indispensable en casos de causalidad cumulativa (el resultado solo tiene lugar debido a la reunión de varias acciones).

Pues bien, en contra de esta segunda tesis, cabe desde ya advertir que el problema implicado de fondo no tiene que ver con que se trate de la imputación de un hecho comisivo u omisivo, sino ya con el concepto mismo de coautoría. Si esta fuese un mero mecanismo de imputación *subsidiario* consagrado a compensar el déficit que supondría la exclusión de una autoría directa, naturalmente, ninguna objeción podría dirigirse a la tesis recién expuesta. Pero esta forma de proceder, que razona la responsabilidad a título de coautoría como una anomalía, daría cuenta de una confusión entre su estructura y su función. En efecto, que la coautoría frecuente, pero contingentemente, desempeñe una función constitutiva de la punibilidad de ciertos comportamientos no es su rasgo definitorio, como sí, en cambio, el de operar como un criterio *alternativo* de autoría basado en una relación de agencia compartida, y que precisamente por esa razón permite fundamentar una responsabilidad que la autoría directa —basada en una relación agencial *distinta*— ocasionalmente no puede. Por esto, como se ha señalado en distintos pasajes de esta investigación, el hecho de que eventualmente la coautoría no acabe ejerciendo semejante función constitutiva no implica negar que sus presupuestos, en efecto, se hayan configurado, ni tampoco que su reconocimiento devenga necesariamente en superfluo¹⁴⁷¹. Al contrario, una potencial coautoría no tendría que resultar desplazada por la imputación de una pluralidad de autorías directas si, de acuerdo con el reconocimiento de una agencia compartida, la afirmación de un quebrantamiento unitario de la norma y una lesión conjunta del bien jurídico —en breve: de *un* hecho delictivo, en lugar de varios—

¹⁴⁷⁰ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, 1998, pp. 146 y s., el hecho de que se requiera una acción combinada de varios sujetos se presenta como *una* “obligación cumulativa”. (Cursiva añadida).

¹⁴⁷¹ En el sentido aquí defendido, véase también HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 295 y 303, con nota 1042.

expresan mejor el mundo efectivamente configurado¹⁴⁷². Pero lo anterior también podría tener relevancia normativa. Por ejemplo, supóngase que dos co-garantes resuelven conjuntamente no ejecutar cierta acción que les es requerida (independientemente de que adviertan o no la posibilidad de que, por esa vía, dejarán de impedir la producción de un resultado), y que, además, la razón para no ejecutar su parte de la acción requerida es que cada uno cuenta con que el otro tampoco ejecutará la propia. La consideración aislada de cada omisión —y, con ello, la afirmación de dos autorías omisivas paralelas— debiese dejar en pie la posibilidad (contraintuitiva) de que a cada uno de los garantes omitentes resulte recíprocamente imputable, además, una participación (vía inducción) en el hecho omisivo del otro, que no podría quedar abarcada por su propia omisión. Por otro lado, en lo que concierne al deber infringido por cada uno de los dos o más garantes omitentes que ya individualmente habrían contado con la capacidad para ejecutar la acción requerida — y que, según la doctrina dominante, haría innecesaria la imputación recíproca—, cabe notar que el reconocimiento de una instancia de “deberes alternativos” entre ellos —la acción salvadora de un sujeto haría innecesaria la del resto—, no los convierte en deberes plenamente independientes entre sí, pues precisamente una fuente de responsabilidad podría descansar en la creencia errónea de que otro garante ha ejecutado la acción salvadora, o en no cerciorarse de que esta haya resultado ser eficaz¹⁴⁷³.

En síntesis, que un tipo omisivo se haya realizado o no conjuntamente no puede depender de si (hipotéticamente) hubiese bastado la acción de un solo garante, o de si, a la inversa, el esfuerzo acumulado de varios era necesario para desplegar alguna acción impeditiva de ese resultado; ello dependerá, más bien, de si detrás de la falta de ejecución de tal acción impeditiva, predicable de cada omitente, se deja asimismo identificar un patrón unitario de agencia que aúne sus comportamientos. En sintonía con una tesis defendida a nivel general, acerca de la relación entre coautoría y causalidad, cabe aquí reiterar: que en los supuestos de causalidad alternativa (en la omisión) sea útil recurrir a la coautoría, para así unificar varias condiciones individualmente insuficientes, no significa que el fundamento de esta última descansa en el reconocimiento de dicho déficit; mientras que, en contrapartida, la presencia de varias condiciones individualmente suficientes no excluye, de antemano, la *alternativa* de una coautoría si todas ellas pueden quedar unificadas bajo un mismo patrón agencial.

El TS español conoció un caso que permite ilustrar el extremo recién trabajado¹⁴⁷⁴. El supuesto de hecho consistió en que tres maestros que llevaron a cincuenta y siete alumnos

¹⁴⁷² Sobre otra clase de consecuencias que podría tener la afirmación de coautoría, en lugar de una pluralidad de autorías directas, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. III.4.3., y, como réplica al carácter supuestamente innecesario de una coautoría imprudente, *supra* Cap. Sexto, apdo. II.3.

¹⁴⁷³ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal*, vol. II, p. 147.

¹⁴⁷⁴ STS de 1 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10158).

de excursión por la playa, tras una defectuosa organización de sus labores de vigilancia, no advirtieron que dos menores del grupo corrían peligro de ahogarse, hasta el punto de que, en efecto, uno de ellos murió asfixiado por inmersión, mientras que la otra menor solo fue rescatada por terceros ajenos a la expedición. El TS afirmó la condición de autor de un delito de homicidio imprudente de cada uno los tres maestros. Ahora bien, sobre la base de que los tres maestros eran co-garantes, por asunción voluntaria de una función de protección, la solución de la coautoría, sin embargo, parecía corresponderse mejor con la dinámica del suceso. En efecto, dicha estructura de imputación habría permitido explicitar que el no impedimento de la muerte del menor se dejó explicar por un comportamiento conjuntamente deficitario, y no por descuidos independientes entre sí, justamente en respuesta a una de las pretensiones que sirvió de motivación al recurso interpuesto por los acusados, a saber: que, supuestamente, al haberse dividido sus funciones de vigilancia y control, estos no habrían incumplido sus deberes objetivos de cuidado¹⁴⁷⁵. Un garante no puede pretender exonerarse de responsabilidad invocando el hecho de haber confiado en que el o los demás cumplirían con su parte, justamente si se trata de una función de protección que habrían tenido que cumplir conjuntamente.

En contra de la tercera y última de las objeciones enunciadas más arriba, es perfectamente plausible que dos o más sujetos realicen conjuntamente un tipo omisivo, desde luego, no sobre la base de que cada sujeto omitiría una parte del comportamiento requerido, sino de que podría predicarse a su respecto la no ejecución conjunta de una determinada acción (tratándose de un delito impropio de omisión, de la acción impeditiva de un resultado)¹⁴⁷⁶. No se precisa, en cambio, que también hayan ejecutado conjuntamente una acción que, bajo alguna otra de sus descripciones, cuente como la no ejecución de la acción ordenada. Pues el carácter transitivo que revisten las omisiones —estar referidas a la falta de ejecución de una acción, que es justamente aquello que se omite— no significa que estas, además, tengan que ser constitutivas de una acción distinta a la requerida (esto es, un concepto “activista” de omisión¹⁴⁷⁷), ya que, aunque esto generalmente sea así, de nuevo, se trata de una cuestión enteramente contingente. Más bien, lo que permite describir un comportamiento como omisión no es *la acción no ejecutada*, sino la *no ejecución de una acción*. Tener en cuenta que el contenido “positivo” de una omisión —la no ejecución de una acción— no necesita expresarse como contenido “negativo” de la ejecución de una acción distinta a la requerida, ciertamente, es capital de cara a la explicación de por qué

¹⁴⁷⁵ En el mismo sentido, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 206 y s., quien, comentando esta sentencia, considera que la imputación recíproca, vía coautoría, resultaba indispensable para la imputación de ese resultado a los maestros, que no habrían respondido del riesgo derivado solo de su propia conducta imprudente, sino del riesgo conjunto creado con los demás.

¹⁴⁷⁶ Para la caracterización de una omisión como la no ejecución de una acción, en detalle, BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, pp. 32 y ss.

¹⁴⁷⁷ Para un análisis crítico, desde la filosofía de la acción, CLARKE, *Omissions*, pp. 21 y ss., especialmente p. 27. En contra de la tesis de la identificación (o de la omisión como acción negativa) habla el hecho de que, usualmente, podemos describir (alternativamente) las cosas en términos de lo que no son, pero eso no las convierte en una entidad negativa.

puede atribuirse una omisión (*qua* falta de ejecución) conjunta a quienes, en efecto, no han ejecutado conjuntamente una determinada acción, pero, a la vez, tampoco han ejecutado conjuntamente alguna acción diversa¹⁴⁷⁸. Desde luego, el hecho de realizar conjuntamente una acción distinta a la requerida puede servir como indicio que facilita la identificación de un patrón común de agencia entre dos o más omitentes, mas no es conceptualmente indispensable. Recuérdese el ejemplo las aguas contaminadas ofrecido por Otto, y comentado en el capítulo anterior¹⁴⁷⁹. Dos trabajadores de una industria no impiden conjuntamente que un río resulte contaminado, lo cual se debe a que uno de ellos mide incorrectamente los niveles contaminantes, mientras el otro no cumple con su deber de informarse apropiadamente. En ese caso, de haber existido algún nexo intersubjetivo que vinculase mínimamente el comportamiento de ambos trabajadores —presupuesto que no se satisface en la versión propuesta por Otto—, podría haberse configurado una instancia de coautoría, ya que, aunque dos o más comportamientos individuales estén sometidos a descripciones distintas, ellos podrían llegar a admitir, adicionalmente, una lectura global, en tanto que partes componentes de una omisión conjunta.

Por último, en contra de la afirmación de que el carácter altamente personal de los deberes de garante sería incompatible con la aplicación de la coautoría, cabe notar que la génesis de tales deberes no tiene por qué determinar la modalidad en que se infringen. Por ejemplo, la relación filial por paternidad o por maternidad, como posición de garantía que impone una función de protección —o de competencia institucional, en la terminología de Jakobs¹⁴⁸⁰—, desde luego, es individual, pero ello en nada obsta a que, por la vía de no ejecutar una acción impeditiva de la muerte de su hijo en común, el padre y la madre de este puedan infringir conjuntamente el deber de actuación que para ambos fundamenta la respectiva norma de requerimiento. En efecto, la *relación de garantía* que cada uno tiene con el bien jurídico en cuestión —la vida de su hijo— es individual, y, en función de ella, se encuentran especialmente obligados a impedir su lesión (esto es, desde el punto de vista de la norma). Pero lo anterior no excluye la posibilidad de que ambos sujetos, en tanto que destinatarios de esa misma norma de mandato y por referencia a la protección de ese mismo bien jurídico —ocupando entonces una misma *posición de garantía*— puedan llegar a encontrarse, en sentido práctico, situacionalmente obligados a ejecutar de manera conjunta una acción impeditiva de su lesión (esto es, desde el punto de vista del deber que para ellos fundamenta aquella norma)¹⁴⁸¹. De otro modo, por lo demás, también tendría que resultar inconcebible la coautoría en los delitos especiales propios.

¹⁴⁷⁸ Sobre ello se volverá a propósito de la inactividad de los miembros de un órgano colegial.

¹⁴⁷⁹ Cfr. *supra* Cap. Séptimo, apdo. IV. 2.5.1.

¹⁴⁸⁰ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 29/59.

¹⁴⁸¹ Se aplica aquí una clarificadora precisión introducida por CONTESSE, en *AMBOS et al.* (coords.), *Reformas penales*, p. 48, en el contexto de una crítica a la teoría de los “delitos de infracción de deber”, a saber, la de un “uso indiferenciado de la noción de deber”, que no distingue entre, por una parte, la

De acuerdo con lo avanzado hasta ahora, no parecerían existir razones suficientes para considerar incompatibles las estructuras de la coautoría y la omisión, ni tampoco para suponer que la afirmación de una coautoría entre co-garantes omitentes sea, en todos los casos, superflua. No obstante, todavía es necesario precisar algunos extremos.

Para que pueda afirmarse una coautoría entre co-garantes omitentes no basta con que cada uno de ellos, efectivamente, no haya impedido el resultado en cuestión. Además, dicha falta de impedimento ha de ser *imputable* como la no ejecución de una acción impeditiva *conjunta*, con lo cual quedan excluidas de la órbita de la coautoría ciertas constelaciones en las que, por no ser reconocible vínculo agencial alguno entre los sujetos omitentes, solo podría haber lugar para una pluralidad de autorías directas. Para ilustrar este extremo, considérese otro conocido ejemplo ofrecido por Otto:

El director de un teatro, *D*, es responsable de que el sistema anti-incendios contenga agua. El bombero *B* tiene el deber de maniobrar el dispositivo. Un día se produce un incendio; el bombero está ebrio y, por tanto, no está en condiciones de poner en marcha el dispositivo. En el incendio muere *X*. Posteriormente se comprueba que la puesta en marcha del dispositivo no habría impedido el incendio ya que ese día no contenía agua¹⁴⁸².

En lo cardinal, el ejemplo plantea el siguiente problema: si el director del teatro hubiese cumplido con su obligación, nada hubiese cambiado, porque el bombero de todos modos no estaba en condiciones de controlar el incendio; a la inversa, si el bombero no hubiese estado ebrio, de cualquier forma, no habría podido controlar el incendio, ya que, debido a la falta de cuidado del director del teatro, el extintor no contenía agua. Como se señaló en el capítulo anterior, Otto considera que en estos casos podría fundamentarse una coautoría con arreglo a lo que él llama “ámbitos de responsabilidad común en los delitos omisivos”¹⁴⁸³. Pero este razonamiento, que comienza por la conclusión (reconocer la responsabilidad de varios) para granjear de ella cierta premisa (los presupuestos de una coautoría por omisión), no es de recibo, pues, para que la coautoría pueda originar una responsabilidad individual con fuente compartida entre dos o más sujetos, sin que quede reducida a una mera agregación de sujetos responsables, resulta indispensable identificar un patrón que, más allá de su convergencia en la producción de un resultado —o, como

obligación especial de proteger ciertos bienes jurídicos o de controlar cierta fuente de peligro que recae sobre un conjunto de sujetos en virtud de su posición de garantía, y, por otra parte, el deber en tanto que obligación de carácter situacional que puede generarse para tales sujetos, siempre que se encuentren en una “situación constitutiva de la respectiva oportunidad” para la ejecución de alguna de las acciones impeditivas en las que podría concretarse para ellos, vía inferencia práctica, una norma de mandato.

¹⁴⁸² OTTO, *AT*, 7ª ed., § 21/119.

¹⁴⁸³ *Ibidem*, § 21/120 y ss.

en este caso, en la falta de impedimento de su producción—, vincule agencialmente sus comportamientos omisivos. Pues, como se ha anticipado, para que dos o más omisiones sean imputables como una omisión conjunta —esto es, como un quebrantamiento unitario de la correspondiente norma de requerimiento—, y no como la omisión de acciones impeditivas puramente independientes entre sí, constitutivas de hechos delictivos distintos, resulta imprescindible que, desde el punto de vista del seguimiento de la norma finalmente quebrantada, haya sido posible formular un esquema de razonamiento práctico en primera persona del plural conforme el cual, mediante su contribución o falta de contribución, el comportamiento de cada sujeto se dejase interpretar como una parte de la infracción conjunta de esa norma. Esta exigencia no se satisface en el ejemplo del incendio en el teatro, pues, aunque estén causalmente vinculados, los comportamientos omisivos del director del teatro y del bombero no constituyen ninguna omisión conjunta, sino sucesos *prácticamente* independientes. En efecto, mediante la falta de adopción de las medidas de seguridad pertinentes, lo que en puridad hace el director del teatro, de manera contraria a cuidado, es incumplir sus propias obligaciones de cara a la prevención de un siniestro en un sitio de cuya seguridad es individualmente competente, con lo cual, adicionalmente obstaculiza la ejecución de una potencial acción de salvamento posterior, con independencia de que el encargado de dicho curso salvador, finalmente, estuviese o no en condiciones de llevarlo a cabo eficazmente. Por su lado, el bombero, por su propio descuido, ha estado incapacitado de ejecutar una concreta acción de salvamento en el contexto del ejercicio de sus funciones regulares, para cuyo cumplimiento le basta con suponer que contará con los medios apropiados, pero sin que para ello esté obligado a actuar coordinadamente con otro u otros con quienes no desempeña conjuntamente semejante función (como en este caso, con el director de un teatro). Por lo señalado, en el ejemplo trabajado no es plausible proyectar un esquema de razonamiento práctico conforme el cual sea verosímilmente sostenible que el director del teatro y el bombero habrían debido impedir conjuntamente la producción de un resultado, ya que el carácter puramente casual de la intersección de los deberes de dos sujetos no permite vislumbrar aquí dos partes de la división de un único y mismo trabajo. Pese a lo anterior, dado que ambos comportamientos son partes necesarias de una condición compleja mínima suficiente, tanto el director del teatro como el bombero podrían responder, al menos por el delito de incendio, a título de autores directos, como un supuesto de autorías paralelas.

Por último, obsérvese que tampoco se configurarían los presupuestos de la coautoría en casos en los que, concurriendo varios garantes, estos dejan de ejecutar cierta acción impeditiva —susceptible de ser ejecutada individualmente y, por ende, fundante de “deberes alternativos”—, descansando cada uno en la creencia errónea de que alguno de los demás lo haría. Por ejemplo:

Mientras intentan aplacar un incendio, los bomberos *A* y *B*, debido a una comunicación deficitaria entre sí, creen errónea y recíprocamente en que el otro rescatará a un niño desde el interior de la casa que peligrará consumirse prontamente por las llamas. Al final, el niño muere, habiendo podido ser rescatado por cualquiera de los bomberos, sin que corriera riesgo propio, si hubiesen acudido a su auxilio antes de que el incendio se descontrolara.

Lo singular de estos casos es que cada garante sabe que no está ejecutando la acción que le es requerida, e incluso puede representarse que, por esa vía, satisfaría las circunstancias fácticas de un tipo omisivo, y, sin embargo, cree erróneamente que ese resultado, a pesar de su omisión, no acaecerá debido a la intervención salvadora de otro garante. Esta última circunstancia permite excluir respecto de ambos una imputación a título dolo. Por el contrario, dado el carácter plenamente vencible de semejante error de tipo (en el ejemplo, habría bastado una mínima coordinación entre los bomberos), la fundamentación de una imputación a título de imprudencia no tendría que revestir mayores dificultades. Lo que interesa aquí destacar es que, bajo tales condiciones, no puede acudir a la estructura de la coautoría, ya que, aun cuando cada uno de los co-garantes no ejecute la acción que les es requerida, existe una divergencia epistémica crucial entre ellos que impide reunir su comportamiento bajo un patrón unitario: mientras ambos creen que el otro actúa, en realidad, ambos están omitiendo. Con ello, es la misma base que aquí posibilita la imputación extraordinaria a título de imprudencia la que obsta a una imputación a título de coautoría, a saber, la presencia de una instancia de agencia deficitariamente conjunta, y no la de una agencia conjuntamente deficitaria.

3.2. Co-garantes omitentes como potenciales coautores

Como se sabe, autor de un delito impropio de omisión solo puede ser quien ocupa una posición de garante. En consecuencia, tratándose de su imputación a título de coautoría, los sujetos activos se presentan como co-garantes. Este aserto solicita algunas precisiones.

Desde luego, las normas de requerimiento no imponen a dos o más sujetos ejecutar conjuntamente la acción impeditiva de alguna clase de resultado¹⁴⁸⁴. Ella solo reclama la ejecución de dicha clase de acción, mientras que el carácter conjunto de una *concreta instancia* de acción impeditiva es algo que se determina situacionalmente —esto es, vía inferencia práctica—, amén de que una misma norma de requerimiento simultáneamente podría fundamentar deberes individuales o conjuntos de acción, dada la posibilidad de que una clase de resultado sea impedido a través del empleo de distintos medios.

¹⁴⁸⁴ Para una crítica a la tesis normológica implicada de fondo, a saber, la existencia de una norma de comportamiento que prohibiría la comisión de un hecho a título de coautoría, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. III.1.

Pero de lo anterior no se sigue que todos los co-garantes tengan que compartir una misma posición de garante. A pesar de que en muchos casos prototípicos de coautoría en delitos impropios de omisión los coautores ocupan una posición de garante en común —v. gr., los padres respecto de un hijo; los fabricantes respecto de la calidad y no lesividad de los productos que conjuntamente introducen en el mercado; los socorristas de una playa respecto de la integridad de los bañistas, etc.—, la relación de garantía que los convierte en destinatarios de esa (misma) norma de requerimiento perfectamente puede ser distinta, en la medida en que el comportamiento que se espera de tales sujetos siga estando referido a la protección del mismo bien jurídico o al control de una misma fuente de peligro. Por ejemplo, imagínese que un niño corre riesgo de ahogarse en la playa, mientras su padre y el socorrista, amigos de infancia, conversan distraídos y no advierten sus gritos de auxilio. Tales sujetos son garantes de protección, y aunque su relación con el bien jurídico en liza tenga un fundamento distinto, nada obsta a que puedan ser coautores si finalmente ninguno de ellos ejecuta la acción que les es requerida¹⁴⁸⁵. Distinto sería, en cambio, si la vida del mismo niño, en lugar de peligrar por el hecho de ahogarse en el agua, peligrase a causa de la agresión de un tercero, en cuyo caso, solo el padre, pero no el socorrista, podría ser responsable como autor de un delito impropio de omisión.

También es pertinente enfatizar que la posición de garante que puedan exhibir dos o más sujetos no implica que se hagan recíprocamente competentes de la protección de bienes jurídicos o del control de fuentes de peligro cuya preservación o supervisión, respectivamente, obligan de manera exclusiva al otro, y viceversa. Para esto, considérese el siguiente ejemplo ofrecido por Gropp:

Los vecinos *A* y *B* son miembros de un club de perros que se especializa en la crianza de *rottweiler*. Al interior de sus respectivas propiedades, cada uno tiene un perro. Una noche *A* visita a *B* para planificar las próximas actividades del club. Ambos notan que alguien ha abierto las puertas de sus respectivos jardines, ya que sus perros corren libremente por el vecindario. *A* y *B* saben que sus perros pueden ser peligrosos, pero, de todos modos, deciden acabar la reunión para luego ir por ellos. Minutos después una mujer resulta lesionada por uno de los perros, sin que se sepa cuál lo ha hecho, si el de *A* o el de *B*¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁵ Considerando que las posiciones de garante de dos coautores pueden ser distintas, véase también HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 294. Asimismo, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, p. 172, quien ofrece el ejemplo de un niño que acaba de ser atropellado, y en donde la acción de salvamento necesita la actuación conjunta tanto de su padre como de aquel que lo ha atropellado. El ejemplo, sin embargo, es potencialmente problemático, pues dista de ser pacífico que quien atropella a otro quede situado en una posición de garante por injerencia. Para esto último, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 12/56 y ss.

¹⁴⁸⁶ GROPP, *GA* (2009), p. 276. Sin recurrir a la coautoría, Gropp considera que en este caso ambos sujetos podrían ser responsables como autores, ya que sus omisiones habrían fundamentado conjuntamente un peligro que se ha realizado en la lesión de la víctima. Según se señalara (cfr. *supra* Cap. Sexto, apdo. III.3.),

Ciertamente, *A* y *B* han omitido las medidas de aseguramiento que en sus respectivas posiciones de garante estaban obligados a adoptar. Lo que interesa advertir aquí es que, aun cuando *de facto* se reconociese una omisión conjunta entre estos vecinos, de esa sola circunstancia no podría seguirse que ambos tengan que responder jurídico-penalmente como coautores. Pues, como se anticipó, para que estos sean co-garantes no basta con que cada uno de ellos ocupe una determinada posición de garante, sino que estas deben recaer sobre el mismo objeto. De ahí que exista una diferencia estructural decisiva entre este y, por ejemplo, el *Caso de las rocas rodantes*. A pesar de que en este último tampoco se sabe cuál de las rocas arrojadas por dos jóvenes causó la muerte de un pescador, si los jóvenes hubiesen advertido el riesgo asociado a su acción conjunta, la norma que prohíbe matar a otro podría haberse concretado *ex ante* para ellos en el deber de abstenerse de ejecutar *conjuntamente* una acción que se exhibía como potencial instancia de matar a otro, en este caso, hacer rodar rocas desde la cima de un monte. Esto explica que *ex post* no sea determinante cuál de ambas rocas efectivamente produjo el resultado: *ex ante* ambas se exhibían como partes componentes de una acción conjunta susceptible de ejemplificar el tipo de acción prohibida. En el ejemplo de los perros que circulan libremente por la calle, dado que se desconoce qué animal lesionó a la víctima, de manera similar, el objeto de imputación tendría que consistir en la falta de ejecución de una acción que hubiese impedido que *alguno* de tales perros lesionara a otro. No obstante, justamente aquí pulsa el problema: dado que la posición de garantía de cada vecino recae sobre objetos distintos, ya desde un punto de vista *ex ante*, en lo que hace a la concreción de la respectiva norma de requerimiento, esta obliga a cada vecino a controlar fuentes de peligro distintas; en consecuencia, los deberes de acción en los que esta podría haberse actualizado para tales sujetos, de haber ellos resguardado sus respectivas capacidades de evitación, solo habrían incluido la prevención de los riesgos creados por *su propia* fuente de peligro, pero no los creados por la del otro. Que *ex post* se tenga la certeza de que el resultado ha sido la concreción de uno de esos dos riesgos (*de facto*, representables como un riesgo conjunto) no altera el hecho de que, como se ha visto, *de iure* solo estaban obligados a controlar una de esas fuentes de peligro. Por esto, en definitiva, en un caso como el descrito la solución más apropiada sería aplicar el principio *in dubio pro reo*.

En síntesis, la condición de co-garantes de dos o más sujetos, como potenciales coautores en un delito impropio de omisión, presupone nada más (pero tampoco nada menos) que todos ellos, por hallarse vinculados a una misma norma de requerimiento, que tendría que haber figurado como premisa en su razonamiento, se encuentren especialmente obligados

para Gropp la imposibilidad *de lege lata* de una coautoría no incluiría la de un delito imprudente realizado conjuntamente con otro u otros.

a realizar una determinada acción referida a un mismo objeto, de manera tal que su ejecución pueda fundamentar a su respecto un deber conjunto de acción.

En cambio, como enseguida se verá, cuando los sujetos co-garantes carecen de las capacidades necesarias para inferir de la respectiva norma de requerimiento un concreto deber de actuación (conjunta), y, sin embargo, dicha incapacidad se explica en función de su propio comportamiento, se ingresa en el universo conceptual de la imprudencia.

3.3. Co-garantes omitentes por imprudencia

A nivel estructural, la coautoría en un injusto imprudente no varía según se trate de delitos comisivos u omisivos. A continuación, se aplicará el esquema de análisis general antes ofrecido, procurando cifrar la atención en las singularidades que exhibe la “comisión por omisión imprudente”, sobre la base de lo recién señalado a propósito de las condiciones bajo las cuales un tipo omisivo puede imputarse como una realización conjunta.

Como ya fuese sostenido a nivel general, la imprudencia es un criterio de imputación subsidiario con respecto al dolo, pues presupone la exclusión de este último. Si dos o más sujetos disponen del conjunto de capacidades físicas y epistémicas necesarias para ejecutar alguna acción que ejemplifique la clase de acción requerida (entre las que aquí interesan, las impeditivas de cierto tipo de resultado), entonces tales sujetos podrían formarse la intención de ejecutar dicha acción, o bien, podrían formarse la intención de omitirla mediante su falta de ejecución¹⁴⁸⁷. Como se aprecia, dado que aquí también rige el principio de contrafactividad de la imputación¹⁴⁸⁸, para caracterizar a la falta de ejecución de una determinada acción como intencional (y, por ende, como omisión *stricto sensu*), basta con que tales sujetos hayan podido formarse esa intención —no que efectivamente lo hayan hecho—, sobre la base de la creencia (latente o representacional) de que la falta de ejecución de dicha acción sería una instancia de no impedimento de una determinada clase de resultado. Así pues, tratándose de delitos de omisión (impropia), el dolo operaría como un criterio de no-evitación-intencional, que deviene excluido cuando, por padecer un déficit epistémico, los sujetos no pueden formarse la intención de ejecutar la acción impeditiva de cierto tipo de resultado, o bien, cuando estos no pueden realizar dicha intención, por carecer de la capacidad física necesaria para ejecutar tal acción. Con

¹⁴⁸⁷ Cabe distinguir entre “omitir intencionalmente *x*” y “omitir *x* con tal intención”. Sobre esto último, véase CLARKE, *Omissions*, pp. 65 y ss. Omitir intencionalmente *x* supone haber tenido la capacidad de formarse la intención de ejecutar *x* y, sin embargo, no hacerlo. En clave jurídico-penal, esto basta para imputar dolo eventual.

¹⁴⁸⁸ Sobre este principio, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 23 y ss. Al respecto también *supra* Cap. Tercero, apdo. I.3.

ello, la presencia de un déficit en alguna de tales capacidades excluye el dolo¹⁴⁸⁹, por no ser actualmente evitable la realización del tipo, pero, a su vez, permite que surja la pregunta a propósito de la imputabilidad por dicho déficit, y, con ello, sobre la posibilidad de imputar a título imprudente un hecho omisivo a dos o más sujetos que, por su propia falta de cuidado, no han estado en condiciones de poder ejecutar la acción requerida; dicho en breve, de una omisión *por* imprudencia.

Pues bien, para imputar a dos o más co-garantes un injusto imprudente a título de coautoría es preciso que aquel estado de inevitabilidad, debido al cual no han estado en condiciones de poder ejecutar conjuntamente alguna acción impeditiva de la producción de cierto resultado, haya sido a su vez evitable, en la medida en que la adopción de una exigencia de cuidado por parte de aquellos les habría permitido conservar o asegurar sus capacidades de actuación conjunta. En consecuencia, son trasladables aquí los desarrollos previos acerca de la posibilidad de una infracción conjunta de una exigencia de cuidado, cuya particularidad, tratándose de hechos omisivos, es que su aplicación, por parte de dos o más sujetos, los habría situado en condiciones tales de ser capaces de ejecutar alguna acción que hubiese impedido la producción de cierta clase de resultado.

Antes de exponer algunas constelaciones representativas de delitos impropios de omisión por imprudencia, conviene registrar algunas consideraciones sobre la relación entre los “deberes de cuidado” y los “deberes de garante”, ya que no son en absoluto peregrinas las opiniones según las cuales tales deberes se hallarían materialmente superpuestos entre sí, hasta el punto de que, en algunos casos, no serían susceptibles de distinguirse los unos de los otros. Más allá de la influencia que pudiera haber desplegado en este contexto el así llamado “momento omisivo de la imprudencia” —que, bajo su formulación original, prácticamente se encuentra refutado en la discusión actual—¹⁴⁹⁰, el fondo de la idea pervive bajo la extendida comprensión de que en el mandato de garante ya se encontraría incluido el deber de actuar conforme a cuidado. Pero dicha tesis, en realidad, cuenta como

¹⁴⁸⁹ La presencia de un déficit en la capacidad de acción de un sujeto (y, con ello, la falta de una alternativa de actuación) excluye la imputación de primer nivel, para lo cual, en principio, es indiferente la razón por la cual ese sujeto carece de dicha capacidad, es decir, si el déficit le resulta o no imputable. Como señala HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 62, si un sujeto no puede salvar a quien pelagra ahogarse, tanto ha dejado de ejecutar la acción requerida si no sabía nadar, como si, por hallarse ebrio, no está en condiciones de hacerlo. Desde otro punto de vista, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 469: “si el salvavidas no ve al que se está ahogando, o simplemente no sabe nadar, la situación no es muy distinta por lo que se refiere al salvamento concreto”.

¹⁴⁹⁰ Como se sabe, con este rótulo hay quienes han pretendido designar que toda imprudencia descansaría en una omisión constituida por la falta de adopción del cuidado exigido. Más allá de que la fagocitación dejaría escondidos los elementos propios de la imprudencia, nótese que a la misma reducción podría someterse el hecho delictivo más prototípico, a saber, el delito doloso comisivo, esto es, como la no abstención evitable de la ejecución de una acción prohibida. Críticamente sobre el llamado “momento omisivo de la imprudencia”, véase CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 34 y ss., especialmente p. 41.

una manifestación de otra más general —reconocible ya en Radbruch y señaladamente en Engisch—, a saber: que los tipos (comisivos u omisivos) se realizarían *por medio de* imprudencia (además de su modalidad dolosa).

Pues bien, ante esto cabría afirmar que, del mismo modo en que ocurre con las normas de prohibición, es perfectamente posible (y necesario) distinguir entre el deber de ejecutar una determinada acción, como deber que fundamenta para uno o más sujetos la respectiva norma de requerimiento, por un lado, y la exigencia de cuidado cuya adopción permitiría a tal o tales sujetos asegurar las capacidades que le permitirían ejecutar aquella acción indicada, por el otro. Como se ha insistido aquí, las exigencias de cuidado representan acciones auxiliares que tienen por objeto posibilitar que el o los sujetos en cuestión, *llegado el caso*, cuando menos cuenten con la alternativa práctica de —si se lo proponen— ser capaces de evitar intencionalmente la realización de las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo; tratándose de los delitos de no impedimento de un resultado, lo anterior se traduce en que las medidas de cuidado tienen por objeto poner al sujeto en posición de poder actualizar el “mandato-de-garante” en un concreto “deber-de-garante”¹⁴⁹¹. Esto último ofrece una pista acerca del carácter lógicamente previo de la infracción de una medida de cuidado respecto de la falta de ejecución de la acción requerida¹⁴⁹², pero también acerca del carácter contingente de la infracción de ambas: es posible que, pese a la infracción de la primera, no llegue a generarse la respectiva oportunidad para la acción, que haga, para uno o más garantes, prácticamente necesaria la ejecución de cierta acción. Para esto último conviene tener en vista que la generación de una “situación típica” supondrá que el bien jurídico de cuya protección se trata se encuentre actualmente amenazado por un riesgo, y, a su vez, que la fuente de peligro de cuyo control se trata se encuentre actualmente amenazando a ciertos bienes jurídicos. En cambio, la adopción de medidas de cuidado a tal efecto, desde luego, no pueden ni tienen que esperar tanto. En fin, advertir la diferenciación entre ambas categorías —deber de garante y exigencia de cuidado— es relevante dado que, si son dos o más co-garantes los que podrían venir en consideración como coautores de un delito impropio de omisión, no bastará con que hayan dejado de ejecutar conjuntamente la acción requerida, sino que, además, la razón por la cual no han impedido el acaecimiento del resultado en cuestión, debe corresponderse con un déficit de capacidad que tales sujetos podrían haber evitado si hubiesen adoptado las medidas de cuidado pertinentes. En ese sentido, la diferencia categorial y su diverso anclaje normológico no tiene que oscurecer el nexo funcional entre ambos, pues, la específica medida de cuidado que uno o más sujetos, en su condición de garantes, han de adoptar con el objeto de resguardar sus capacidades de evitación estarán

¹⁴⁹¹ Fundamental, VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 249 y ss., especialmente, pp. 264 y ss., p. 271.

¹⁴⁹² Diferencia relevante para determinar el inicio de la tentativa (dolosa) de un delito impropio de omisión.

determinadas por la clase de acción a cuya ejecución se encuentran obligados en virtud de la respectiva norma de requerimiento¹⁴⁹³.

Efectuadas estas consideraciones, en lo que sigue se expondrán algunas de las constelaciones más representativas de lo que usualmente se conocen como supuestos de “comisión por omisión imprudente”¹⁴⁹⁴, cuyo denominador común, como se ha anticipado, viene dado por el hecho de que dos o más garantes padecen algún déficit que les incapacita para ejecutar conjuntamente una instancia de acción impeditiva o de salvamento, pero siempre reconducible a su propia falta de cuidado.

En primer lugar, el déficit más evidente —aunque, a la vez, de ubicación sistemática más controvertida— que puede afectar a dos o más garantes para desplegar la acción requerida es la incapacidad física de llevarla a cabo. Desde luego, sin ser las únicas¹⁴⁹⁵, las constelaciones concebibles dentro de este grupo responden estructuralmente a lo que se conoce como casos de *omissio libera in causa*. Es decir, supuestos en los que la incapacidad de impedir la producción de una clase de resultado proviene de un actuar previo (*omissio libera in agendo*), o bien, de un no hacer previo, ya que los sujetos nada hacen para evitar padecer dicho déficit (*omissio libera in omittendo*)¹⁴⁹⁶. Para ilustrar lo primero podría servir el ejemplo antes mencionado de los bomberos cuyo manifiesto estado de embriaguez, provocado activamente, les priva de las capacidades físicas mínimas para controlar un incendio, a pesar de haber advertido dicho peligro. Ejemplo de una *omissio libera in omittendo*, en cambio, podría ser el de una pareja de padres que no despierta a la hora debida para proveer a su pequeño hijo un medicamento que le es diariamente indispensable. Más allá de lo anterior, que solo exhibe una diferencia fenomenológica, y de la afirmación de la infracción de una exigencia de cuidado, que generalmente se deja reconocer sin mayores dificultades, el aspecto que puede suscitar controversia en estos casos es la pregunta inicial de si realmente se trataría de hechos omisivos. Pues esto último, como desde hace tiempo un sector de la doctrina ha hecho notar, enfrenta la objeción de que no podría existir omisión alguna si los sujetos en cuestión carecen de la capacidad necesaria para ejecutar la acción ordenada. Frente a lo anterior, sin embargo, nuevamente se vuelve fundamental insistir en que no toda

¹⁴⁹³ En esa dirección ya CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 171: “la determinación del cuidado en los delitos imprudentes de lesión por omisión sólo se puede encontrar atendiendo a la posición de garante”, con el matiz de que aquí, sin embargo, por razones que ya han sido expuestas, no puede suscribirse la tesis de que con la comprobación de “la lesión del deber de cuidado de garante se constata, al mismo tiempo, la lesión del deber de garante”.

¹⁴⁹⁴ Para tales supuestos, en lugar de muchos, ROXIN, *PG*, t. II, § 31/196 y ss.; JAKOBS, *PG*, 29/94.

¹⁴⁹⁵ Bajo la comprensión de la imprudencia como criterio de imputación extraordinaria, tanto las realizaciones típicas (aquí, omisivas) afectadas por déficits físicos como por déficits epistémicos, para constituirse en injusto, necesitan hallar su fundamento de imputación en los comportamientos que provocan tales déficits.

¹⁴⁹⁶ Para tales modalidades, véase por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., pp. 327 y ss.

realización de un tipo omisivo a partir de un comportamiento que se deja describir como la falta de ejecución de la clase de acción requerida es *agencialmente* constitutiva de una omisión¹⁴⁹⁷. Solamente para imputarla como omisión es necesario atender a las capacidades individuales de los agentes en concreto, pero no para efectos de *constatar* la falta de correspondencia entre el comportamiento cuya ejecución es requerida por una norma y aquello que, en quebrantamiento de esta, uno o más sujetos han dejado de ejecutar. La crítica articulada sobre la base de una infracción al llamado principio de simultaneidad —según el cual las capacidades para evitar un comportamiento típico han de coincidir con el momento en que este se ejecuta— únicamente revelan que el rendimiento dogmático de dicho principio no descansa en un aspecto puramente sincrónico, en cuyo sacrificio tendría que pagarse el alto precio de diluir el contenido de los tipos, sino más bien en la íntima relación que guarda con otro principio: el *ultra posse nemo obligatur*. Para que este último no se transgreda, sin embargo, no es necesario negar el carácter antinormativo de aquello que, en contra de lo que solicitaba una norma de requerimiento, efectivamente ha dejado de ejecutarse; más bien, lo que debe excluirse es su imputación.

Con ello, el carácter típicamente omisivo de tales comportamientos queda inalterado, mientras que la cuestión acerca de si su eventual imputación infringe o no el *ultra posse nemo obligatur* se deja reconducir a la pregunta de si la aplicación de una medida de cuidado habría impedido dicho estado de inevitabilidad¹⁴⁹⁸. Por su parte, la fundamentación de un hecho típico omisivo en una acción previa (una “omisión por comisión”¹⁴⁹⁹), sobre la base de que el contenido de las normas de requerimiento incluiría resguardar la propia capacidad de acción, reconoce correctamente la clase de norma quebrantada en estos supuestos, empero, también desde un prisma normológico pasa por alto que una norma de requerimiento no podría infringirse (“por comisión”) en el momento en el que los garantes pierden sus respectivas capacidades de evitación, pues ellas solo fundamentan un concreto deber una vez presentada la “situación típica”, es

¹⁴⁹⁷ También en la omisión es necesario distinguir la pregunta acerca de si un sujeto, pudiendo evitar algo, no lo hizo, de la relativa a las razones por las cuales no pudo evitar algo, habiendo debido. Pues el interés pragmático por fijar las condiciones para el surgimiento de responsabilidad en ese segundo escenario no debiese conducir a alterar los presupuestos que hacen conceptualmente posible a la primera. Bajo otra terminología, este extremo es puntualizado por BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, pp. 39 y s., según quien tendría que diferenciarse, por una parte, la falta de atención o de las indagaciones debidas por parte de un sujeto, que le habrían posibilitado ejecutar una acción de salvamento, y, por otra, la falta de ejecución de ese salvamento, justamente después de realizada tales indagaciones. Pues solo en el segundo caso podría reprocharse a ese sujeto una omisión en el sentido de un “comportamiento omisivo (externo)”.

¹⁴⁹⁸ Como aquí, para su tratamiento como caso de imputación extraordinaria, véase JOERDEN, *Strukturen*, pp. 52 y ss.; VALIENTE IVAÑEZ, *Imputación extraordinaria* (tesis inédita), pp. 360 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 122 y ss.

¹⁴⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *LH-Bajo Fernández*, pp. 100 y ss.; ROXIN, *PG*, t. II, § 31/103.

decir, generada la oportunidad para que el garante ejecute la respectiva acción impeditiva¹⁵⁰⁰.

En segundo lugar, con arreglo también a una extendida visión, dos o más garantes podrían verse incapacitados de ejecutar la acción requerida cuando desconocen la respectiva situación típica, o bien, desconocen su posición de garante en ella.

En lo que concierne al desconocimiento de la situación típica —probablemente el contexto más asiduo de delitos omisivos por imprudencia—, a su vez, pueden suscitarse dos hipótesis distintas: que dos o más sujetos ignoren las circunstancias fácticas que demandan de ellos la ejecución de una determinada acción, por lo que ni siquiera advierten un peligro real; o bien, que, a pesar de reconocer tales circunstancias fácticas, crean erróneamente que no constituyen una situación de grave peligro. Un ejemplo de lo primero podría ser el de dos socorristas de una piscina municipal que suponen falsamente que el niño que solicita su auxilio, después de haber fingido una primera vez, pretende repetir la broma para provocar la risa de sus amigos, por lo que no acuden oportunamente a su rescate. Como ejemplo de la segunda situación podría considerarse el de los miembros de un órgano colegiado que deciden no retirar un medicamento del mercado, confiando erróneamente que sus efectos secundarios son tan ínfimos que no podrían afectar la vida o integridad física de sus consumidores. En ambos casos, de haberse comportado de acuerdo con el cuidado esperado de ellos, los sujetos habrían estado en condiciones de reconocer la situación de peligro o su gravedad y, en consecuencia, de ejecutar las respectivas acciones de salvamento o de impedimento de un resultado¹⁵⁰¹.

Revisten interés igualmente los casos de olvido, aunque la contrariedad a cuidado no pueda residir específicamente en él. Así, supóngase que un grupo de amigos realiza una barbacoa en un parque donde tales actividades se encuentran autorizadas, sin que los dos encargados de la barbacoa se preocupen de apagar el fuego antes de marcharse. Dado que la primera acción se incardina dentro del riesgo permitido, el comportamiento conjunto contrario a cuidado tiene lugar una vez que la pareja de amigos se marcha sin tomar la precaución de apagar el fuego, perdiendo la posibilidad de controlar una fuente de peligro inicialmente tolerada, pero después, ya no. Puesto que el olvido, como tal, designa un proceso de pérdida (temporal o no) de un conocimiento antes tenido, y no un comportamiento, en este caso, los amigos no “olvidan conjuntamente”, sino que, por la vía de marcharse juntos, no adoptan las medidas de cuidado que les habrían permitido no olvidar el riesgo creado y, con ello, mantenerse en condiciones de impedir conjuntamente un incendio antes de que este se declarase.

¹⁵⁰⁰ Acertadamente, HAAS, *Matt/Renzikowski-StGB*, § 13/29.

¹⁵⁰¹ Ello permite restablecer extraordinariamente la imputación. Cfr. HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, p. 426.

Por su lado, aunque naturalmente menos frecuente que lo anterior, el desconocimiento de su propia posición de garante por parte de dos o más sujetos puede tener lugar cuando ellos yerran en cuanto a la identidad de la persona que se encuentra expuesta a un riesgo¹⁵⁰². Así, los garantes podrían advertir la situación de riesgo, pero, a causa de desconocer la identidad de la persona cuyos bienes jurídicos se ven amenazados —y sobre los cuales ejercen una función de protección—, ignoran también que a su respecto se generan los presupuestos fácticos que hacen aplicable para ellos cierta norma de requerimiento¹⁵⁰³. Imagínese, por mor del argumento, el siguiente ejemplo:

Los monitores *A* y *B*, asumiendo contractualmente labores de vigilancia, se encuentran a cargo de un grupo de *Boy Scouts*. Durante el desarrollo de una expedición en un bosque, *A* y *B* advierten que un niño ha quedado atrapado en una trampa para osos. Dado que el niño viste la indumentaria de otro grupo de exploradores, *A* y *B* creen erróneamente que no están legalmente obligados a velar por la integridad del menor, y deciden no retrasar la expedición, confiando en que el niño sería rescatado por el grupo al que pertenece. En realidad, el niño se había integrado esa misma semana al grupo a cargo de *A* y *B*, quienes no habían sido informados por los coordinadores sobre su incorporación.

Dejando a un lado un posible concurso ideal con un delito de omisión de socorro (dolosa), una imputación a título de coautoría en lesiones dolosas, como delito de omisión impropio, tendría que quedar descartada, ya que el dolo necesita abarcar todos los elementos típicos, incluyendo la posición de garante que hace de uno o más sujetos destinatarios de una norma de requerimiento. Por el contrario, en el ejemplo ofrecido una imputación a título de imprudencia no sería difícil de fundamentar sobre la base del carácter absolutamente evitable del error en que habrían incurrido los dos monitores.

En tercer lugar, otras hipótesis de hechos omisivos imputables a imprudencia pueden tener su origen en la suposición errónea de la propia capacidad de evitación, sea porque los co-garantes yerran al creer que carecen de ella, sea porque sobreestiman sus capacidades y, en consecuencia, se ponen en una situación en la cual ya no es posible impedir la producción del resultado. Lo primero podría ilustrarse a partir del caso de quienes creen no disponer de medios apropiados o suficientes para emprender conjuntamente cierta acción de rescate, como los miembros de una tripulación que, ante

¹⁵⁰² ROXIN, *PG*, t. II, § 31/198, cita aquí como ejemplos el del padre que no se percate que los gritos de auxilio que desatiende provienen de su propio hijo; y el del automovilista que deja sin ayuda a un herido en la calzada sin ser consciente de que fue él quien lo ha atropellado.

¹⁵⁰³ Dado que el error recae sobre uno de los presupuestos fácticos para la aplicación de la norma, no se trata aquí simplemente de un error de prohibición (o mejor: de la errónea suposición de no estar quebrantando una norma de mandato). En ese sentido, el error *in persona* es relevante, pues el garante tiene la función de proteger *determinados* bienes jurídicos de los cuales ha de ser titular *específicamente* el sujeto con quien mantiene la respectiva relación de garantía.

una emergencia, no reparten todos los medios de salvamento disponibles; ejemplo de lo segundo podría ser el caso de quienes, de manera contraria a cuidado, retardan en demasía la ejecución de una acción de salvamento.

Un supuesto especialmente interesante de error acerca de las propias capacidades para ejecutar una acción de salvamento, propio de contextos con pluralidad de sujetos, puede generarse cuando los omitentes han dado por superflua su actuación individual y, a la vez, ignorado encontrarse prácticamente en la necesidad de intervenir de manera conjunta con otro u otros. En el ámbito de la filosofía moral, estos escenarios se problematizan bajo la forma de una “inacción colectiva”, cuya diferencia con una omisión conjunta ordinaria radicaría en que la primera no sería una instancia de agencia propiamente compartida, debido a que los sujetos involucrados no comparten la intención de omitir una acción, cuya ejecución habría demandado de ellos, sin embargo, cierta cooperación o al menos una mínima coordinación¹⁵⁰⁴. Pero dado que esta circunstancia no permitiría obviar que, sea como fuere, bajo tales circunstancias el impedimento de ese evento habría exigido de cada sujeto una capacidad de la cual aparentemente no habría dispuesto, según algunos, su responsabilidad se sustentaría justamente en no haber realizado esa acción conjuntamente con otros, con lo cual las omisiones de cada uno serían atribuidas a una suerte de “grupo putativo”¹⁵⁰⁵, concebido a partir de la posibilidad puramente contrafáctica de una modalidad de agencia que no ha tenido lugar, debiendo haberlo tenido¹⁵⁰⁶. Ahora bien, el tratamiento jurídico-penal de este puzzle teórico no necesita acudir a un tal grupo putativo o a una idea contrafáctica de acción conjunta. En efecto, en virtud del principio de contrafacticidad de la imputación el reconocimiento de una instancia de coautoría no depende de que dos o más sujetos compartan la intención positiva de omitir la ejecución conjunta de una determinada acción o de no asegurar sus capacidades para realizar una acción impeditiva conjunta, sino solo la intención negativa de no hacer de la respectiva norma de requerimiento o del aseguramiento de sus

¹⁵⁰⁴ Un supuesto de omisión de socorro de estas características, originalmente formulado por Rödiger, es discutido por JOERDEN, *Logik im Recht*, pp. 92 y s.; y RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/86, y reza como sigue. En un bosque se encuentra un cazador furtivo y, a algunos metros de distancia, un filósofo. De pronto, ambos escuchan los gritos de auxilio de un hombre. Se trata de un trabajador forestal que, al no prestar suficiente atención mientras talaba un árbol, ha quedado aplastado bajo él. La sierra está destruida y el árbol es tan pesado que, para levantarlo, se requiere el esfuerzo de al menos dos personas. El cazador furtivo no acude en auxilio del trabajador, temiendo que otras personas puedan verlo en la escena de la tragedia. Pero también el filósofo prosigue su camino, pues no quiere interrumpir sus reflexiones. Al discutirse su responsabilidad por la muerte del trabajador, el filósofo esgrime que, incluso habiendo acudido en su auxilio, él solo no habría podido levantar el árbol. Al mismo argumento se acoge el cazador. El ejemplo es ilustrativo desde un plano estructural, pues —al margen de que no exista propiamente una relación de garantía y de la eventual falta de previsión expresa de una omisión de socorro culposa— pone de relieve cómo podrían diferir las lecturas unificadoras o atómicas de un mismo suceso.

¹⁵⁰⁵ Cfr. MAY, *Sharing Responsibility*, pp. 109 y ss. Véase al respecto también BJÖRNSSON, «Essentially Shared Obligations», *Midwest Studies in Philosophy*, 38 (2014), pp. 108 y ss., 112 y ss.

¹⁵⁰⁶ La anomalía consistiría en que, así concebida, la falta de actuación conjunta no solo operaría como fundamento, sino (subsidiariamente) como objeto de imputación. En esa dirección cabe comprender la resistencia de JOERDEN, *Logik im Recht*, p. 93, a la aplicación de la estructura de la coautoría a casos en los que se exigiría a dos o más sujetos “unir fuerzas”, con lo cual se estaría abandonando el nivel individual de la imputación, y se pasaría a un nivel colectivo, que la regulación legal de la coautoría no permite.

capacidades de evitación una razón para la acción. En consecuencia, no se requiere más —pero tampoco menos— que los sujetos adviertan —bajo la forma de una creencia interactiva¹⁵⁰⁷— que, para ejecutar eficazmente una acción de salvamento, han de coordinarse y actuar conjuntamente, de manera que su falta de ejecución podría interpretarse ya como la adopción de un patrón unitario de comportamiento. En consecuencia, si, por haberse considerado incapaces de llevar a cabo por sí solos la acción impeditiva de un resultado, dos o más garantes prematuramente se abstuviesen de actuar, pero a la vez hubiesen advertido que otro u otros se encontraban en su misma posición, entonces el desconocimiento de su capacidad de evitación conjunta podría excluir a su respecto una imputación del hecho a título de dolo, pero no de imprudencia¹⁵⁰⁸. Bajo tales circunstancias, la necesidad de organizar y ejecutar una actuación impeditiva conjunta (en sentido fuerte, si ha de ser cooperativa; o, en un sentido más débil, si ha de ser cuando menos coordinada), ciertamente, no se desprende de la norma de requerimiento —que no puede fijar por sí misma sus condiciones de cumplimiento—, pero tampoco contaría como un mero comportamiento supererogatorio, ya que, en un caso de esas características, la coordinación y/o cooperación entre sujetos co-garantes opera recíprocamente como uno más de los medios que ellos han de aplicar con tal de estar en condiciones de cumplir con lo requerido¹⁵⁰⁹.

En cuarto y último lugar, otro grupo de casos de delitos impropios de omisión por imprudencia podrían consistir en la utilización de medios inidóneos, sin advertir la presencia de otros más apropiados, o en la incorrecta ejecución de una acción que, por tales motivos, es infructuosa de cara al impedimento de cierto resultado¹⁵¹⁰. Por supuesto, tanto la inutilidad de los medios como la ineficacia de la acción de salvamento han de ser desconocidas *ex ante* por parte de los co-garantes, pues, de otro modo, no habría razones para excluir una imputación a título de dolo. En consonancia con lo recién señalado, el emprendimiento individual y fracasado de una acción impeditiva de parte de uno de varios co-garantes podría configurar una hipótesis de coautoría en un delito impropio de omisión

¹⁵⁰⁷ Al respecto, con más detenimiento, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.1.3.1.

¹⁵⁰⁸ Es relevante notar que, al advertir recíprocamente la posibilidad de actuar con otros, los sujetos *constatan* su capacidad conjunta de evitación: cuando dejan de ejercerla —por ejemplo, por la vía de abstenerse de iniciar la acción de salvamento o de alejarse del sitio— no es que tales sujetos renuncien a adquirir dicha capacidad, sino que, más bien, la pierden. El principio *ultra posse nemo obligatur* vendría en consideración si tales sujetos hubiesen carecido tanto de una capacidad individual como conjunta de evitación. En cambio, ni la constatación de que se trata de un escenario con explicaciones causales alternativas, ni la consecuencia contraintuitiva de que cada omitente podría escudarse en la inactividad del otro y, con ello, exonerarse ambos de responsabilidad (argumentos que RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/87, invoca al sugerir como solución la autoría paralela), son suficientes de cara a la afirmación de una responsabilidad por omisión que necesita constatar una capacidad de evitación (“aunque sea” conjunta).

¹⁵⁰⁹ En ese sentido, no se trata de un “deber de unir fuerzas”, sino más bien de un imperativo hipotético que puede regir recíprocamente para todos los involucrados: realizar su parte de una acción de rescate que, bajo tales condiciones, necesita ser ejecutada conjuntamente con otros.

¹⁵¹⁰ Por supuesto, ello no incluye los casos en que la ejecución del medio inidóneo es, sin embargo, el único disponible para los coagentes. Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., p. 370.

por imprudencia¹⁵¹¹, si el cuidado exigible, en tales circunstancias, demandaba de ellos una actuación conjunta, y para estos hubiese estado disponible dicha posibilidad de actuación.

II. Coautoría en el injusto imprudente y decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados: algunas consideraciones

1. Delimitación del objeto de análisis y aspectos preliminares

Las decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados constituyen un ámbito de aplicación especialmente fértil para el objeto teórico de esta investigación. A pesar de que mediante dicha clase de decisiones también podría originarse una eventual responsabilidad penal entre miembros directivos de un partido político, miembros de órganos militares o de funcionarios en la Administración pública, entre otros ejemplos, ellas inciden de manera más frecuente en el contexto de delitos contra el medio ambiente y, sobre todo, en la así llamada responsabilidad penal por el producto defectuoso, que es la que se tendrá precisamente como paradigma en lo sucesivo.

Desde luego, un tratamiento pormenorizado de las diversas aristas problemáticas que encierra este tema motivaría una investigación particular, a la vez que excedería con mucho los objetivos metodológicos de la que aquí se ofrece. El análisis que sigue se concentrará, pues, en advertir cómo se despliegan en este ámbito algunas de las categorías ya trabajadas en capítulos previos, en tanto que presupuestos centrales de la coautoría como estructura de imputación potencialmente aplicable en delitos imprudentes de resultado puros. De ahí que no resulte estrictamente indispensable descender a un análisis detallado de la densidad y complejidad estructural del contexto en el que tienen lugar tales delitos, sin perjuicio de lo que enseguida se esbozará acerca de las alternativas de modalidades de intervención delictiva bajo las cuales podrían relacionarse las distintas clases de comportamientos involucrados.

Antes de iniciar el análisis, conviene recoger una útil y usual distinción preliminar en esta materia, a saber, la que diferencia entre acuerdos inmediata o directamente ejecutivos, y

¹⁵¹¹ Como se indicó al inicio de este apartado, no es indispensable que una omisión conjunta, entendida como falta de ejecución conjunta de una acción, sea la contracara de una acción conjuntamente ejecutada por los omitentes en cuestión. Mientras un coagente omitente puede mantenerse pasivo, el otro puede ejecutar una acción distinta de la indicada, en la medida en que ambos comportamientos sean susceptibles de interpretar, bajo una descripción alternativa, como la falta de ejecución de una *determinada* clase de acción requerida.

acuerdos que no exhiben tales características¹⁵¹². En el primer caso, la decisión acordada por los miembros del respectivo órgano es jurídico-penalmente ejecutiva, en términos de que, por medio de ella misma, los votantes satisfacen (individual o conjuntamente) la descripción de algún tipo delictivo. El paradigma lo constituyen las decisiones que lesionan los derechos de otros miembros, como en los delitos societarios, aunque también pueden configurarse supuestos de modalidades de prevaricación, para alguna de las cuales, incluso, el CPE prevé una apertura del *numerus clausus* de la imputación por imprudencia¹⁵¹³. En el segundo grupo de casos, en cambio, la adopción del acuerdo solo dispone u ordena la ejecución de lo decidido colectivamente, por lo que la respectiva instancia de realización típica tendrá lugar una vez que el acuerdo sea ejecutado. Estos casos representan la regla general, pues normalmente serán los órganos intermedios de gestión, operarios o dependientes quienes ejecuten materialmente el contenido de un acuerdo colegiado que, en definitiva, redundará en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos individuales de terceros o de titularidad colectiva. En lo que sigue, el análisis se centrará en este segundo grupo de casos.

2. Esbozo de las posibles modalidades de intervención delictiva aplicables a propósito de la ejecución de decisiones adoptadas en el seno de órganos colegiados

Como ya se anticipó, lo usual es que, en un primer momento, la junta directiva en cuestión adopte un determinado acuerdo, y sea luego, a partir de su ejecución, que pueda generarse responsabilidad penal. Por ejemplo, y para utilizar una estructura relativamente sencilla, los miembros del consejo de una empresa acuerdan la fabricación o el no retiro de un producto, en tanto que la gestión de su distribución es desempeñada por directivos, mientras que su transporte se encuentra a cargo de operarios, todos de la misma empresa. Dado que, de cara a un eventual delito contra la salud de los consumidores, la condición de coautores de los miembros del consejo no es la única, ni especialmente la menos controvertida entre las categorías disponibles, previo al análisis de cómo se despliegan específicamente aquí los presupuestos generales de la coautoría, es necesario examinar las posibles modalidades de intervención delictiva aplicables y, con ello, volver también sobre la factibilidad de una coautoría vertical.

Sin que sea posible ni conveniente proceder en este ámbito con arreglo a generalizaciones, la vía menos problemática de imputar, a título propio, esta clase de hechos delictivos a los miembros del consejo de administración consiste en recurrir a la autoría mediata —

¹⁵¹² CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 343 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 476 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 157 y ss.

¹⁵¹³ Por ejemplo, el delito previsto en el artículo 329.2, en relación con el 331 del CPE.

que en estos casos constituiría una “co-autoría mediata”, es decir una autoría mediata de titularidad compartida¹⁵¹⁴— con base en la instrumentalización de los sujetos encargados de ejecutar sus decisiones¹⁵¹⁵. Para ello, dicho déficit de competencia podría fundarse en el desconocimiento, de parte de los trabajadores que ejecutan materialmente la decisión, de que su comportamiento satisfaría las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, independientemente del conocimiento que pudieran tener o de la ignorancia que pudieran padecer a dicho respecto quienes emiten tal orden¹⁵¹⁶. A diferencia de lo que inicialmente cabría imaginar, esta situación no es excepcional, ya que, especialmente en estructuras empresariales complejas, quienes forman parte de los eslabones inferiores podrían tener una representación fáctica deficitaria o sensiblemente incompleta del proceso en el cual su comportamiento no constituye más que una fase concreta¹⁵¹⁷. Específicamente tratándose de la fabricación o comercialización de productos cuya peligrosidad es imperceptible o irreconocible, son altas las probabilidades de que los inferiores desconozcan dicha situación¹⁵¹⁸. En tales casos, su exclusión de responsabilidad penal sería, además, una consecuencia derivada tanto del principio de confianza, como del de división del trabajo. Pues, el operario transportista, por ejemplo, no solo puede confiar en que los productos que traslada no lesionarán o no pondrán en riesgo la salud de los consumidores, lo capital es que, ante todo —y aunque, de sospechar acerca de la ilicitud de su comportamiento, podría legítimamente oponerse a que se le obligue tomar parte en él—, no es función suya corregir otras partes defectuosas del proceso, sino más bien ajustarse al cumplimiento de sus propias obligaciones contractuales¹⁵¹⁹. Después de todo, la expectativa social de un comportamiento conforme

¹⁵¹⁴ Generalmente se le denomina “coautoría mediata”, pero, según fuese ya advertido, la estructura de imputación que deviene operativa no es la coautoría, pues, en estos casos, aquello que conjuntamente realizan los sujetos no es el tipo delictivo, sino el acto de instrumentalización de otro(s) que sí lo realiza(n). Al margen de ello, tampoco es una combinación de dos estructuras de autoría distintas, sino simplemente el reconocimiento de que en una instancia de autoría mediata pueden participar varios sujetos.

¹⁵¹⁵ En contraste con lo que afirma HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 321, pese a que los sujetos ejecutores carezcan de toda “competencia de decisión autónoma”, ello no permitiría afirmar *sin más* una coautoría directa por parte de los miembros de la directiva, ya que supondría reducir a los primeros a la condición de mero objeto. No toda falta de decisión autónoma supone, en sentido fuerte, un déficit de autonomía.

¹⁵¹⁶ Para la posibilidad de una autoría mediata, en términos restrictivos, KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 75; véase también GRECO, *ZIS*, 8-9 (2011), p. 682; de manera más amplia, defendiendo una autoría mediata imprudente, HOYER, *FS-Puppe*, p. 518.

¹⁵¹⁷ Como observan SILVA SÁNCHEZ/VARELA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, p. 281, cabría también registrar cuando menos la posibilidad de que una autoría mediata, por parte de el o los superiores, pueda fundarse en la creación o aprovechamiento de sesgos cognitivos en sus subordinados, y que impidan a estos advertir el carácter potencialmente delictivo de sus comportamientos.

¹⁵¹⁸ Aunque, como acertadamente señala CORCOY BIDASOLO, en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, pp. 97 y s., no cabe descartar que, por el contrario, habrá ocasiones en que el pretendido instrumento disponga de un mayor o, al menos, mejor conocimiento que el superior.

¹⁵¹⁹ En este sentido, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 282; EL MISMO, *Pena y sentido*, pp. 394 y s. Cfr. GARCÍA CAVERO, «La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 368. En una dirección similar, CORCOY BIDASOLO, *Delitos*

a cuidado cifrada en los empleados o trabajadores inferiores no se relaciona con tareas que, dada la posición que ocupan, escapan a su control, sino con el desarrollo adecuado de aquellas para las que han sido contratados¹⁵²⁰. Que a estos sujetos no incumbe — continuando con el ejemplo— garantizar la calidad y no lesividad de un producto solamente por transportarlo es algo que puede confirmarse, en contrapartida, por el hecho de que ante un eventual delito impropio de omisión los subordinados en ningún momento vendrían en consideración como parte del círculo de garantes omitentes.

La solución de la autoría mediata todavía podría tener cabida, aunque en un espectro notoriamente menor de casos, si los miembros ejecutivos —pese a realizar un comportamiento que no se ajusta al cuidado esperado de ellos— padecen algún déficit que afecta su capacidad de motivación conforme la norma¹⁵²¹, o bien, se encuentran en situación de inexigibilidad, debido a presiones de los superiores. Con todo, la identificación de una relación marcadamente jerárquica no permitiría sin más asumir la falta de autonomía de los subordinados. Sea como fuere, ante la ausencia de alguno de los tradicionales déficits de imputación en el “sujeto de delante”, un sector doctrinal considera que la decisión adoptada por los miembros del órgano únicamente constituiría un acto preparatorio, por lo que su responsabilidad penal tendría que reconducirse a la categoría de la inducción, mientras que a los miembros ejecutivos cabría en tales hechos la condición de autores (o coautores) directos¹⁵²². Una curiosa consecuencia de esta solución es que los miembros de un órgano colegiado podrían eludir la responsabilidad como (co)autores de un delito impropio de omisión, por la vía de aprobar un acuerdo ejecutivo por medio del cual se vuelvan partícipes del hecho ejecutado por sus propios subordinados.

Ahora bien, lo antes registrado aplica especialmente respecto de sujetos cuyas funciones son altamente fungibles, pero no así tratándose de directivos o miembros intermedios. En efecto, a propósito de los órganos de gestión es común que se advierta —y con razón—

de peligro, p. 348, quien independiza esta pregunta de la presencia o falta de dolo en el operario que ejecuta materialmente el hecho.

¹⁵²⁰ Nótese que lo anterior no significa que el comportamiento del subordinado que carece de competencia decisiva pase a estar permitido, ni que adquiera la condición de jurídico-penalmente irrelevante —pues ese mismo hecho es el que sustentaría la responsabilidad penal de los superiores—, sino solamente que no sería razonable esperar, ni legítimo exigir, que fuese él quien decidiera sobre su falta de ejecución.

¹⁵²¹ Como apunta SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», *Cuadernos de derecho judicial*, 2 (1997), p. 33, es posible que, en el marco de estructuras jerárquicas, un empleado suponga erróneamente que “el hecho no es cosa suya”, que él se limita a seguir instrucciones, y que una eventual responsabilidad tendría que recaer en quien o en quienes han emitido tales indicaciones. Con todo, en tales supuestos la aplicación de la estructura de la autoría mediata aún quedará supedita al establecimiento de la respectiva conexión funcional entre el error padecido por el funcionario y la orden emitida por el superior.

¹⁵²² Para soluciones en ese sentido, véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, p. 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 289; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *AFD* (1999), p. 200.

que las posibilidades de fundamentar una autoría mediata tienden a ser reducidas¹⁵²³. Por un lado, ni la capacidad de acción ni la de motivación suelen estar afectadas, ni tampoco puede sostenerse que estos sujetos carezcan de competencia respecto de funciones que les son auténticamente propias, y cuya ejecución materializan a través de otros. Sin embargo, como fuese sostenido a nivel general, puede también articularse una estructura de imputación que permita unificar la orden directamente emanada por unos sujetos —en este caso, los miembros superiores del órgano de administración— y la ejecución de esa orden por parte de otros —en este caso, directivos o miembros de órganos de gestión; o incluso, por parte de subordinados que no padecen déficit alguno de responsabilidad, por lo que no cuentan como instrumentos—, por la vía de la así llamada “coautoría vertical”¹⁵²⁴. Para que ello sea plausible, sin embargo, resulta capital insistir en que el comportamiento del primer grupo de sujetos, a pesar de ser desplegado en fase preparatoria, no queda reducido a la condición de mero acto preparatorio respecto del hecho ajeno de otros. En la medida en que exista una relación de complemento recíproco entre ambas actuaciones, se vuelve factible, como constructo interpretativo, el reconocimiento de una unidad de acción: la orden —en este caso, la decisión acordada— solo se materializa mediante actos a cargo de miembros intermedios o subordinados (coautores ejecutivos), cuya actuación, no obstante, solo puede tener lugar en ejercicio de una función y estatus asignado por los superiores (coautores no ejecutivos), por lo que ambas contribuciones podrían exhibirse finalmente como co-constitutivas del hecho¹⁵²⁵. Por último, como también se sugirió en su oportunidad, la configuración de una estructura de coautoría vertical con respecto al quebrantamiento de una norma de comportamiento no lleva implicada la necesidad de que se aplique la norma de sanción respecto de todos los coautores. Cabe reconocer al menos la posibilidad de que en algunos casos los miembros intermedios, pero, sobre todo, los subalternos ejecutivos (que no padecen un

¹⁵²³ En ese sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho penal español», en EL MISMO (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo*, 1995, p. 359.

¹⁵²⁴ Al respecto, *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.2.3.2. Ahora bien, también es perfectamente normal que los miembros intermedios se sirvan de otros para la ejecución de su propia función, y entonces, bajo ciertas circunstancias, cabría nuevamente recurrir a una eventual *co-autoría mediata*. En cambio, si los inferiores no padecen déficit alguno de responsabilidad, y, por ende, no son instrumentos de los órganos intermedios, todavía cabría excluir su responsabilidad penal a nivel de norma de sanción, como enseguida se señala en el texto. Desde otra perspectiva, véase GARCÍA CAVERO, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, pp. 367 s., quien defiende la posibilidad de una coautoría entre los miembros del directorio y los ejecutores de la decisión, aunque con respecto de estos últimos también considera factible la complicidad, según el grado de configuración del hecho.

¹⁵²⁵ Al compensar una mayor o menor ineficacia ejecutiva en el autor, o una falta de resolución por la vía del suministro de determinadas “razones para la acción”, el cooperador y el inductor, respectivamente, realizan aportes de favorecimiento que, sin embargo, podrían haber sido proporcionados por otros sujetos distintos, o incluso, el autor podría habérselos procurado a sí mismo, mediante acciones preparatorias para un hecho posterior propio. En cambio, el reconocimiento de una relación de coautoría vertical precisamente tiene por objeto mostrar que hay casos en los cuales el patrón de agencia ejecutado por uno o varios sujetos viene sensiblemente configurado ya por otro u otros sujetos específicos, lo cual significa: no cualquiera está en condiciones de decir a los ejecutores qué han de hacer o no, ni tampoco de situarlos en la posición para ello.

déficit de responsabilidad), a pesar de obrar como sujetos autorresponsables, puedan aparecer como meros “mandatarios” de los superiores —es decir, obrando exclusivamente por cuenta ajena—, y que, a su respecto, por ende, no llegue a presentarse la misma necesidad y merecimiento de pena.

3. Aplicación de los presupuestos generales de una coautoría en el injusto imprudente

Según la tesis aquí propuesta, el reconocimiento de una potencial coautoría en un injusto imprudente presupone que dos o más sujetos hayan compartido la creencia (verdadera) de que el comportamiento que cada uno individualmente realiza u omite realizar es parte componente de una acción u omisión conjunta, pero cuentan, empero, con razones epistémicas aparentes que les han impedido incluir, como contenido adicional de dicha creencia, el hecho de que tal acción u omisión conjunta probablemente satisfaría la descripción de un tipo delictivo, o de que eventualmente, a causa de ella, se verían imposibilitados de estar en condiciones tales de evitar conjuntamente la realización de ese tipo delictivo. Si, con todo y esto, de haber aplicado una medida de cuidado, que les era posible y exigible adoptar, tales sujetos hubiesen estado en condiciones de formarse una creencia contraria y, con ello, podido asegurar su futura capacidad de evitar conjuntamente la ejecución o la omisión de ese comportamiento, entonces la realización del respectivo tipo de delito podría imputárseles *qua* coautoría en un injusto imprudente.

Dicho lo anterior, imagínese el siguiente supuesto:

El nuevo antigripal. La junta directiva del laboratorio *X* acuerda introducir en el mercado el nuevo antigripal *Y* sin cumplir algunas exigencias específicas, relativas a su composición y eficacia, lo que determina que *Y* constituya un riesgo para la vida y la salud de sus potenciales consumidores. Al momento de aprobar la producción y comercialización del producto, los miembros de la directiva desconocen tales riesgos, aunque podrían haberse informado sobre estos, de haber invertido más dinero en investigación y haber retrasado su puesta en el mercado. La junta directiva está compuesta por cinco miembros y adopta sus decisiones por mayoría simple. El día de la sesión, *A*, *B*, *C* y *D* votaron favorablemente la propuesta, mientras que *E* se abstuvo de votar.

Como podrá advertirse, el supuesto recién descrito coincide, en sus aspectos esenciales, con el de otros paradigmáticos sobre “responsabilidad penal por el producto”, como son

el *Caso del aceite de colza*, en España¹⁵²⁶, el *Caso Nutricomp ADN*¹⁵²⁷, en Chile, y el *Caso del espray para cuero*¹⁵²⁸, en Alemania.

Dejando al margen lo concerniente a la posible modalidad de intervención aplicable al comportamiento de miembros de órganos intermedios de gestión, así como también la eventual exclusión de responsabilidad de operarios de eslabones inferiores, se cifrará aquí la atención en las posibilidades de una eventual imputación a título de coautoría de quienes han intervenido en una decisión colegiada, sobre la base del caso recién expuesto, cuyo objeto podría consistir, desde ya, en un tipo comisivo de peligro contra la salud pública, imputable a título de imprudencia¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ STS de 23 de abril de 1992. En este caso, cuyos hechos se retrotraen a 1981, se procesó a los directivos de empresas españolas dedicadas a la producción y distribución de aceite de colza desnaturalizado por las muertes y lesiones de personas que, a raíz de su consumo, padecieron una anomalía que se denominó “síndrome tóxico”. En principio, el aceite solo era apto para fines industriales, de manera que, tras su importación, la autoridad administrativa ordenaba a las empresas desnaturalizar el aceite mediante anilina. Luego de ser refinado, y eliminada la anilina, el aceite de colza desnaturalizado fue destinado al consumo humano y distribuido por diferentes zonas de España, provocando más de trescientas muertes. La sentencia del TS fue objeto de una intensa discusión dogmática a raíz de múltiples asuntos, entre ellos: el debate acerca de la posición de garante del fabricante, la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, y la controversia acerca del carácter estrictamente normativo (o no) del nexo causal, ya que se condenó a importadores y distribuidores del aceite a pesar de que no pudo acreditarse la toxina específica que habría ocasionado dicha enfermedad. Véase en detalle, PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995, *passim*.

¹⁵²⁷ Sentencia de 24 de agosto de 2012 del TOP de San Bernardo, Chile. Desde mayo de 2007, una empresa chilena comenzó a elaborar un producto destinado a personas con regímenes alimenticios especiales, denominado “Nutricomp ADN”, y que contenía una concentración de potasio muy inferior a la requerida. A partir de junio de ese mismo año, el alimento comenzó a ser distribuido en consumidores, hospitales y farmacias. En noviembre de 2007, se efectúa un análisis del alimento, de cuyos resultados toman conocimiento el jefe de control de calidad y el jefe de producción de la empresa, quienes lo comunican al gerente general, al *product manager* y al gerente de exportaciones, que omiten retirar el producto, ni tampoco comunican esta información a los consumidores. Entre julio y noviembre cuatro personas padecieron “hipokalemia” (desequilibrio debido al bajo nivel de potasio en la sangre). Por los hechos realizados antes de que tomaran conocimiento del déficit en el suplemento, se condenó al jefe de control de calidad y al jefe de producción por un delito culposo contra la salud pública (artículo 315 CPCh, inciso segundo), agravado por producir culposamente la muerte o enfermedad grave de alguna persona (artículo 317 CPCh, inciso segundo). Los demás fueron absueltos por aplicación del principio de confianza. Respecto de los hechos tenidos lugar en la etapa de distribución (por continuar la venta del producto y omitir retirarlo del mercado, con conocimiento de su déficit), se condenó al jefe de control de calidad y al jefe de producción por un delito doloso contra la salud pública (artículo 315 CPCh, inciso segundo, agravado por las consecuencias señaladas en el artículo 317 CPCh, inciso primero), incardinándose el comportamiento de ambos en el verbo “adulterar” sustancias peligrosas destinadas al consumo público, mientras que al gerente general se le castigó, aplicándose los mismos tipos penales, por “vender” tales sustancias.

¹⁵²⁸ Para la formulación del supuesto de hecho de este caso, cfr. *supra* Cap. Sexto, apdo. I. Un sector de la doctrina alemana considera que esta sentencia —que instaló la discusión sobre la causalidad en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, como también sobre la posición de garantía del fabricante— representaría un reconocimiento implícito de la coautoría imprudente, pues los directivos solo podrían haber retirado el producto del mercado actuando conjuntamente. En este último sentido, por ejemplo, OTTO, *Unternehmen*, pp. 10 y ss.; RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, § 49/112.

¹⁵²⁹ Por ejemplo, en los términos del artículo 362 CPE, en relación con el artículo 367; o en los términos del artículo 315, inciso segundo, en relación el artículo 317, inciso segundo, ambos del CPCh.

Para ponderar una posible coautoría, en primer lugar, resulta indispensable identificar un nexo intersubjetivo entre los intervinientes, que permita reconocer en sus respectivos comportamientos discretos la aplicación de un mismo patrón de agencia. Según algunas voces críticas, ese requisito precisamente no se cumpliría tratándose de decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados. Al respecto, una primera dificultad residiría en el hecho de que los miembros de la directiva perfectamente podrían no haberse puesto de acuerdo en ningún momento previo para votar en un determinado sentido, y que incluso ni siquiera sea identificable entre ellos un acuerdo tácito¹⁵³⁰. Ciertamente sería anómalo sostener que el “acuerdo” entre quienes votan a favor de la propuesta —en el caso ofrecido, *A*, *B*, *C* y *D*— acabe teniendo lugar después de prestadas sus respectivas contribuciones al hecho. Sin embargo, en contra de esto cabría replicar que, en realidad, el nexo intersubjetivo se configura durante el proceso de votación, lo que, por lo demás, no debiese ser en absoluto problemático, ya que lo relevante es el reconocimiento de la aplicación *actual* de un mismo patrón agencial: lo que antes hayan acordado los sujetos pierde relevancia si no se mantiene durante la prestación de sus contribuciones. Lo anterior, sin embargo, permite apreciar que acaso el mayor inconveniente no descansaría en un aspecto temporal, sino en el hecho de que el acuerdo sea una mera coincidencia¹⁵³¹, y no el producto de un proceso de deliberación recíproca.

Al investigar los presupuestos generales de la responsabilidad del coautor se advirtió que la presencia de un “acuerdo” o de una “decisión conjunta”, bajo ciertos matices conceptuales, son enteramente factibles, pero en absoluto una condición necesaria para hablar de coautoría. Para identificar una instancia de acción conjunta, y diferenciarla a la vez de un mero set de acciones individuales, basta con que del comportamiento de dos o más sujetos devengan reconocibles compromisos cognitivos y prácticos convergentes referidos a la realización de esa acción (en tal medida) conjunta. En concreto, según se señaló entonces, los compromisos cognitivos de cada coautor no exigen conocer, saber o tener la seguridad de qué es exactamente lo que realizarán sus compañeros; más bien, es suficiente que cada sujeto cuente con que su comportamiento se inserta o es susceptible de insertarse con el de otros, en tanto que “parte de una acción conjunta”. Dada la propia naturaleza de las decisiones adoptadas en el seno de un órgano colegiado, cada votante cuenta ya con una descripción precisa del reducto de posibilidades bajo las cuales su comportamiento, junto con el de otros, contará como una acción conjunta, para lo cual — como oportunamente sugiere Schaal— bastará con que se pregunten: “¿sobre qué

¹⁵³⁰ Lo que, según PUPPE, *GA* (2004), pp. 133 y s., no sería posible dado que en el mismo acto de votación coincidirían tanto el plan del hecho como su ejecución.

¹⁵³¹ Como adicionalmente objeto PUPPE, *GA* (2004), p. 134, durante la ejecución del hecho los votantes no pueden influir recíprocamente en sus comportamientos. Desde luego, los reparos que a Puppe despierta una posible coautoría en tales contextos parecen indisociables de su comprensión del fundamento de esta estructura de imputación: un pacto de injusto que asumiría la forma de una inducción recíproca.

votamos?”¹⁵³². Lo que inicialmente los sujetos podrían desconocer es la dirección del voto de los demás, y, en consecuencia, el resultado de la votación, sin embargo, el hecho de participar en ella y estar así en condiciones de anticipar sus configuraciones posibles, les permite desde ya una “apertura mutua” a cada una de estas¹⁵³³.

Ahora bien, puesto que el nexo intersubjetivo ha de establecerse entre el comportamiento de aquellos sujetos cuya contribución cuenta como base para una potencial imputación a título de coautoría, interesa ahora analizar, en función del caso ejemplificado, quiénes de entre los cinco votantes serían candidatos a ello. En particular, cobra relevancia indagar en qué medida la causalidad respecto del acaecimiento de un resultado es un requisito que necesita predicarse individualmente de cada aporte, y en que caso de que ello sea así, si este antecedente acaso hablaría acerca de su condición de coautor.

El primer interrogante que podría surgir al respecto reza como sigue: ¿el carácter redundante de un voto puede incidir en la responsabilidad penal de quien lo emite? En el caso considerado, todos quienes votaron a favor —*A, B, C* y *D*— podrían intentar asilarse en el hecho de que su voto no ha sido individualmente necesario. El resultado contraintuitivo al que conduciría la concesión simultánea de semejante excusa —ninguno de tales sujetos sería responsable— no solo informa sobre la escasa capacidad de respuesta de la *conditio sine qua non* frente a resultados sobrecondicionados, con la paradoja de presentar a tal clase de eventos como subcondicionados —si se suprimen mentalmente cuando menos dos aportes—, sino que también pone en cuestión el carácter esencial de cada contribución, bajo el criterio (también contrafactual) del dominio negativo del hecho. Ciertamente, podría acudirse a una usual fórmula de modificación de la teoría de la *conditio* conforme la cual, en un caso como el descrito, los votos no serían cumulativa, pero sí alternativamente eliminables. Pero esto, a su vez, significaría pasar por alto que los casos de resultados sobrecondicionados no dan cuenta de una redundancia entre condiciones individualmente suficientes —como sí los supuestos estándar de causalidad alternativa—, sino de condiciones insuficientes por sí solas, que se vuelven redundantes, llegado cierto momento, en virtud de su acumulación¹⁵³⁴.

Como tercera alternativa, en el ejemplo presentado también podría aducirse que los cuatros votos han sido necesarios desde el punto de vista del resultado en su concreta configuración. Con todo, esta formulación, que altera el objeto de la explicación causal en Derecho penal —la modificación perjudicial de un estado de cosas por la forma

¹⁵³² SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, p. 243. Véase también KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 161, para quien el nexo entre los votantes no descansa en ningún componente temporal, sino más bien en compartir una especie de “co-consciencia” referida a la realización conjunta del hecho.

¹⁵³³ Sobre la noción de “apertura mutua” a una cierta acción conjunta, KUTZ, *Complicity*, pp. 75 y ss.

¹⁵³⁴ En ese sentido, véase también RENZIOWSKI, *Matt/Renzikowski-StGB*, Vor § 13/90.

densamente particularizada en que ha tenido lugar dicha modificación—, sería en sí misma redundante en el específico sentido de que la configuración concreta de la votación no interesa, como tal, si no es por referencia a la descripción que ella ejemplifica, bajo la cual sigue presentándose como sobreabundante¹⁵³⁵. Por otro lado, de acuerdo con la teoría de la condición ajustada a las leyes podría prescindirse de cualquier curso hipotético, lo que significaría aquí centrarse solo en los votos realmente emitidos, es decir, cuatro votos, sin importar que hayan podido ser tres¹⁵³⁶. Sin embargo, dado que esta teoría sigue razonando en función de un concepto de condición necesaria, de esta manera no se responde, sino que simplemente se esconde la pregunta por lo contrafáctico. Por fin, con arreglo a la fórmula de la condición mínima suficiente, en el ejemplo examinado, podría explicarse la relevancia causal de cada uno de los cuatro votos favorables emitidos, pues, considerados aisladamente, cada uno podría ser componente necesario de alguna de las varias combinaciones posibles de una condición mínima suficiente compuesta por tres votos¹⁵³⁷. De esta última manera, en efecto, podría explicarse satisfactoriamente la relevancia causal de cada uno de los votos —pero sin dejar de advertir que, desde luego, a diferencia de un caso de causalidad alternativa estándar, aquí el resultado se encuentra sobredeterminado por condiciones individualmente insuficientes, pero conjuntamente suficientes—, y, sin embargo, una lectura distributiva o atómica de cada contribución presentaría el siguiente problema: solo permitirá describir qué ha hecho cada uno de los cuatro miembros de una junta directiva, pero no aquello que se les imputa. En la terminología aquí patrocinada: para tales sujetos, sus respectivos votos solo constituyen la base (individual), pero no el objeto (común) de imputación. Por de pronto, este objeto de imputación queda representado por una acción que es una instancia de puesta en peligro para la salud pública, originada no en el comportamiento meramente agregado de varios sujetos, sino en la aprobación de un acuerdo tenido lugar al interior de una junta directiva y, con ello, de un comportamiento cuya significación jurídico-penal se obtiene

¹⁵³⁵ En contra de la aplicación de la tesis del resultado en su concreta configuración, en el contexto ahora examinado, KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 91; y WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 108. Para una crítica general véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 41; PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/95 y ss.

¹⁵³⁶ Así, por ejemplo, WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 113 y ss.

¹⁵³⁷ PUPPE, *GA* (2004), pp. 137 y ss.; LA MISMA, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/108. Al respecto, véase también GRECO, *ZIS*, 8-9 (2011), pp. 684-686. En contraste con lo que señala WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 119, para quien la tesis de Puppe no ofrecería ninguna diferencia esencial con la teoría de la condición ajustada a las leyes, nótese que, al margen de que en ambos casos, en efecto, se trata de explicar el acaecimiento de un resultado con arreglo a leyes causales, sin considerar cursos hipotéticos, la fórmula de la condición mínima suficiente, a diferencia de aquella, trabaja con una noción de “necesidad débil, pero de suficiencia fuerte”, en donde lo necesario no se refiere a la condición —que, en cuanto tal, solo requiere ser una condición suficiente para el acaecimiento del evento en cuestión—, sino a las partes que permiten que esa condición compleja se componga. Con otras palabras, para una noción de causa como condición necesaria la ausencia de cierto comportamiento —bajo tales términos, considerado causal— se comporta a su vez como condición suficiente para que cierto resultado *no* tenga lugar, mientras que la ausencia de una condición suficiente no excluye la posibilidad de que ese mismo resultado pueda ser explicado causalmente con arreglo a otras condiciones suficientes.

a partir de una lectura unificadora de las partes que lo componen¹⁵³⁸. La precisión recién efectuada ofrece la oportunidad de insistir, por un lado, en que la relevancia causal que individualmente puede exhibir un comportamiento no vuelve fútil el reconocimiento de una potencial coautoría, y que, por el otro, esta estructura de imputación no se encuentra supeditada a la identificación de un déficit en el plano causal, pues ambas cuestiones se mueven en planos diversos: que dos o más sujetos hayan causado x nada dice aún sobre su posible condición de coautores, y, a la inversa, que dos o más sujetos hayan realizado conjuntamente x no implica que cada uno haya causado x ¹⁵³⁹.

Otro interrogante que puede surgir a propósito de la especificidad de este contexto de análisis se relación con la situación de quienes se abstienen de votar, como en el ejemplo propuesto ocurre con E , cuyo voto, en principio, es irrelevante y, por ende, no generaría en él responsabilidad alguna. Pero el asunto no sería baladí tratándose de casos de mayoría ajustada, en los que, por supuesto, una aproximación causal al problema nuevamente tendría que conducir a suponer que se estaría ante aportes esenciales sin los cuales el hecho no habría tenido lugar. Con todo, aun bajo tales circunstancias, el comportamiento de quien no interviene en la votación no puede considerarse, sin más, parte componente de la decisión finalmente adoptada¹⁵⁴⁰, de lo que, en cambio, no se sigue necesariamente la exclusión de una eventual imputación a título de cooperación por omisión en el delito comisivo de quienes votan favorablemente¹⁵⁴¹. En cambio, cuando de lo que se trata es de controlar un riesgo ya generado, o más aun, de aprobar una acción de salvamento (v. gr., la de retirar del mercado un producto lesivo)¹⁵⁴², quienes se abstienen de votar en favor de dicha medida realizan un comportamiento que les impedirá cumplir con sus respectivos deberes de garante, del mismo modo que quienes votan en contra de ella, por lo que podría venir en consideración una imputación a título de coautoría.

¹⁵³⁸ En esta dirección, por ejemplo, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 69, quien enfatiza que, mediante su voto individual, los sujetos no crean de manera autónoma un peligro (en este caso, contra la salud pública), sino que contribuyen a una decisión colectiva, que es la que lo genera. Cfr. GARCÍA CAVERO, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, p. 362, quien precisa que, justamente porque el hecho penalmente relevante no es el aporte propio de cada miembro, poca relevancia tiene que la votación se haya desarrollado de manera simultánea o sucesiva. Destaca la naturaleza inherentemente colectiva de la votación, ARTAZA VARELA, *Perspectiva Penal Actual*, 1 (2012), p. 49.

¹⁵³⁹ Esto contrasta con los términos antagónicos —es decir: o se reconoce la relevancia causal individual de los aportes, o se recurre a la “coautoría imprudente”— bajo los cuales suele presentarse la aplicación de ambas categorías al problema. Al respecto, por ejemplo, GRECO, *Problemas de causalidad*, pp. 61 y 81.

¹⁵⁴⁰ Si hubiese catorce miembros en una junta directiva, y el último tuviera que decidir el curso de una votación que, hasta su intervención, se encuentra dividida entre siete votos favorables y seis en contra, su abstención cabría ser interpretada como una acción que posibilita —en los términos de una posible cooperación necesaria— que la primera se imponga, pero no se deja interpretar, sin más, como parte integrante de ella. De esta última opinión, con todo, KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 206, de quien se toma el ejemplo.

¹⁵⁴¹ Así también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 293.

¹⁵⁴² En esta línea, respecto de la falta de neutralidad que, bajo tales condiciones, adquiere una abstención, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva*, p. 181; VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, p. 390.

Ahora bien, tratándose de quienes se ausentan de la votación puede suscitarse una situación particular. Partiendo de la base de que cada miembro es absolutamente libre de ejercer o no su derecho a votación, el hecho de ausentarse, en principio, no podría generar para él responsabilidad penal. El escenario se modifica si, el miembro ausente sabe que se votará sobre un asunto especialmente relevante, cuya decisión vinculará a todos los miembros del órgano, y que, de no presentarse, estaría impidiéndose así mismo incidir en ella. Supóngase así que el resto de los miembros ha adoptado una decisión antijurídica; el ausente eventualmente podría resultar responsable, pero la estructura de imputación aplicable respecto suyo no podría ser la coautoría, pues el fundamento de su imputación no descansaría en haber adoptado, de manera contraria a cuidado, una decisión junto con los demás, sino justamente en no haber contrarrestado la actuación de ellos, al privarse él mismo de la posibilidad de incidir en la adopción de las medidas posibles de evitación¹⁵⁴³. Con ello, en uno y otro caso, el nexo de imputación se deja establecer de manera distinta.

Por último, imagínese que, en *El nuevo antigripal*, en lugar de abstenerse, *E* hubiese votado en contra de la introducción del antigripal en el mercado, pese a lo cual su voto habría resultado necesario para formar el quórum, dado que *A* y *B* no asisten a una votación que, según los estatutos del consejo, puede decidirse por mayoría simple de los miembros presentes. Desde luego, por sí misma, esta última vicisitud no fundamenta responsabilidad penal alguna en *E*, en tanto en cuanto ello equivaldría a criminalizar la mera pertenencia al colectivo¹⁵⁴⁴, amén de pasar por alto que la vía por medio de la cual un miembro de la directiva formaliza su oposición a una decisión es justamente votando en contra de ella¹⁵⁴⁵. Tal variante, como su predecible solución, solo tiene la utilidad de confirmar que no está implicada aquí la pregunta acerca de qué hacen dos o más sujetos, sino si acaso la realización de un tipo delictivo les resulta o no imputable a título propio¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴³ Así, WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 200, quien, sobre la base de que son dos hechos distintos, tampoco admite una “coautoría mixta” entre los miembros que advierten la posibilidad de que la decisión acordada redunde en la realización de un tipo delictivo (una “decisión antijurídica”), y aquel otro que, de manera contraria a cuidado, desconoce esta circunstancia, por ausentarse de la votación.

¹⁵⁴⁴ En esa dirección la crítica de HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., § 25/81. Crítico también KNAUER, *Kollegialentscheidungen*, p. 204, quien, sin embargo, desde la perspectiva del dominio del hecho, añade que tales sujetos no prestarían un aporte esencial. Por su lado, JOECKS, *MK-StGB*, 3ª ed., § 25/259, sostiene que los votos de rechazo no fundamentan ningún peligro jurídico-penalmente relevante.

¹⁵⁴⁵ Como señala GARCÍA CAVERO, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, p. 363, luego de que un miembro del directorio vota en contra, no es necesario que se aparte del gremio para manifestar objetivamente su disconformidad con la decisión adoptada.

¹⁵⁴⁶ Distinta podría ser la situación de quien vota en contra de un acuerdo únicamente con el propósito de eximirse de responsabilidad, habiendo sido a la vez su impulsor. Ante un tal escenario, una imputación a título de inducción es plenamente factible. Además de la anterior, hay otras constelaciones problemáticas, sobre las cuales no es posible aquí detenerse; por ejemplo, la de quien se adhiere a una mayoría antijurídica ya existente, o la del que vota a favor de decisiones potencialmente antijurídicas, pero que acaban siendo derrotadas. Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, pp. 161 y ss.

Ahora bien, en el ejemplo analizado, la condición de coautores de los directivos *A*, *B*, *C* y *D*, por de pronto, en un eventual delito de peligro contra la salud pública, depende asimismo de que sea aplicable a su respecto algún criterio de imputación subjetiva. Dado que, al momento de promover esta decisión, tales sujetos desconocen el hecho de estar incumpliendo exigencias específicas relativas a la eficacia y composición del antigripal que acuerdan introducir en el mercado, a la vez, ignoran que con ello están dando lugar a la creación de un peligro para la salud pública. En definitiva, este déficit epistémico, compartido por los cuatro directivos, les impide encontrarse en condiciones de poder evitar la realización de dicho tipo delictivo, para el caso de que hubiesen compartido la intención de hacer de dicha norma de comportamiento una razón para su acción (conjunta). Por ende, esta circunstancia excluye una imputación a título de dolo.

Pero precisamente lo anterior permite que surja el interrogante adicional acerca de si tales miembros del consejo directivo podrían haber impedido padecer un tal déficit epistémico. Tratándose de actividades que exhiben una alta utilidad social, entre las cuales se incluyen, naturalmente, las actividades productivas y comerciales de laboratorios farmacéuticos, ciertos riesgos inherentemente asociados a ellos se encuentran permitidos (o tolerados) siempre que quienes desarrollan tales actividades adopten precauciones mínimas, de tal manera que no se genere un desequilibrio negativo entre las utilidades pretendidas y el umbral de riesgos asumidos. Para ello, en el ejemplo indicado, habría sido necesario que cada uno de los miembros colegiados se informase mejor acerca de las reales características del nuevo medicamento, y se cerciorara del cumplimiento de normas administrativas de seguridad que rigen su actividad económica, precisamente sobre la base de que, al margen de que por esta vía ya *formalmente* se mantengan dentro de los niveles de riesgo jurídicamente tolerados¹⁵⁴⁷, tales normas están concebidas de modo tal que su cumplimiento, al menos, *tienda* al aseguramiento efectivo de las capacidades de evitación necesarias¹⁵⁴⁸. Así, la adquisición de conocimientos mínimos previos (siquiera, en lo concerniente al cumplimiento de la normativa y la inexistencia de un peligro para la salud pública), indispensable para una toma de decisión informada, se tornaba

¹⁵⁴⁷ Uno de los aspectos problemáticos concernientes a las normas de seguridad consiste en la posibilidad de que los sujetos, efectivamente, hayan cumplido tales requerimientos, y que, a despecho de esto, no fuese previsible la creación de un peligro para la salud pública (en cuyo caso, no podrá procederse a una imputación por imprudencia). En el ámbito general de la llamada “responsabilidad penal por el producto”, la circunstancia recién descrita no es excepcional, dado que la peligrosidad de ciertos objetos solo se vuelve “visible” de manera paulatina, lo que, adicionalmente, plantea el interrogante de si resulta admisible la injerencia fundada en un actuar precedente *contrario a deber*. Para esto, véase CONTRERAS CHAIMOVICH, «La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán», *Polít. Crim.*, 23 (2017), p. 18.

¹⁵⁴⁸ Como se ha registrado antes, su incumplimiento solo opera como indicio, pero, por sí mismo, no permite establecer el nexo de imputación, que es estrictamente situacional; a la inversa, el cumplimiento de las normas de seguridad, por sí mismo tampoco asegura que en el caso concreto efectivamente se llegue a desplegar un “comportamiento cuidadoso”, pero, sí opera normativamente como indicio de un “comportamiento *conforme* al cuidado exigido”.

plenamente factible a partir de la obtención de asesoría especializada sobre el tema. Dada la propia naturaleza de la actividad, la necesidad de adoptar dicha medida de cuidado es fácilmente reconocible por los propios directivos.

Por lo que hace a la adopción misma del concreto cuidado exigible, en el contexto analizado, lo habitual es que también se proceda de manera conjunta, solicitándose dictámenes o informándose mediante presentaciones de expertos en la materia. Nada obsta, sin embargo, a que cada miembro recabe dicha información de manera separada. Más relevante aun es que, por la vía de resguardar su propia capacidad de evitación, a la vez, tales sujetos adoptan las providencias necesarias para estar en condiciones de situarse, conjuntamente con los demás, en la posición de evitar votar en favor de una decisión cuya ejecución pudiera satisfacer la descripción de algún tipo delictivo. No está demás recordar que la falta de adopción de dicha medida ha de resultar a todos imputable. Por esta razón, según fuese señalado en su oportunidad, no cabe ninguna instancia de coautoría cuando el déficit padecido por uno de los sujetos es provocado o aprovechado por otro u otros de sus compañeros¹⁵⁴⁹.

Como se indica en la presentación del caso, de haberse realizado una mayor inversión de dinero en labores de investigación y, a la vez, de no haberse convocado una sesión para decidir, prematuramente, sobre la introducción en el mercado del medicamento en cuestión, los directivos del consejo habrían resguardado su capacidad epistémica en orden a (cuando menos) estar en condiciones de poder advertir conjuntamente, y con una probabilidad decisoriamente relevante, que su aprobación eventualmente daría lugar a un comportamiento que satisfaría las circunstancias fácticas descritas en un delito de peligro contra la salud pública. Quedaría así establecido el respectivo nexo de imputación.

En síntesis, aunque los colegiados *A*, *B*, *C* y *D* no hayan acordado actuar de manera contraria a cuidado —desde luego, una votación no versa expresamente sobre la decisión de superar o no un riesgo permitido—, conjuntamente (esto es, existiendo compromisos cognitivos y prácticos consistentes) sí han realizado el sustrato fáctico de un comportamiento que representa una actuación contraria al cuidado que les era posible y exigible adoptar. Dado que la infracción compartida de dicha medida de cuidado les resulta imputable, de cara al delito de peligro contra la salud pública objeto de consideración, puede predicarse a su respecto una instancia de inevitabilidad evitable conjunta, que fundamentaría su imputación en tanto que coautores por imprudencia.

¹⁵⁴⁹ Sobre su delimitación con supuestos de autoría mediata, cfr. *supra* Cap. Séptimo, apdo. III.1.3.1.

4. Breves consideraciones sobre la posibilidad de imputar un delito impropio de omisión *qua* coautores a miembros de un órgano colegiado

Al grupo de problemas hasta ahora analizados, pueden añadirse las variables que suscita la aplicación de categorías como la coautoría entre sujetos co-garantes y la falta de impedimento de un resultado imputable a imprudencia, analizadas previamente. Para ello, considérese la siguiente variante del ejemplo trabajado en este apartado.

El nuevo antigripal (variante). Siendo todo lo demás igual al ejemplo inicial, tras recibir noticias sobre la posibilidad de que el antigripal *Y* genere alteraciones cardiovasculares en sus consumidores, los directivos del laboratorio *X* deciden reunirse lo antes posible. Después de ponderar el informe preliminar de un experto y llegar de inmediato a la conclusión de que, a lo sumo, podrían generarse efectos menores y a largo plazo en la salud de algunos consumidores, los directivos acuerdan por unanimidad no retirar el antigripal del mercado, ni avisar a otros distribuidores. Semanas después, a raíz de la ingesta del medicamento, *V* sufre un accidente cardiovascular que le ocasiona la muerte.

En primer lugar, y según fuese ya registrado a propósito de la factibilidad de una coautoría por la falta de impedimento de un resultado de determinada clase, a nivel típico, la diferencia entre acción y omisión no resulta tan relevante como la de realización típica comisiva u omisiva, determinada a su vez por la clase de norma de comportamiento de cuyo quebrantamiento se trata. La variante recién añadida permite confirmar que el acuerdo aprobado por varios sujetos en el contexto de una votación colegiada (un hacer), eventualmente, podría dar lugar a una instancia de realización típica omisiva, en tanto que a través suyo lo que se decide es no ejecutar un comportamiento que, aunque los directivos lo desconozcan en ese momento, podría haber contado luego como la orden de ejecutar una acción de salvamento (por ejemplo) respecto del acaecimiento de la muerte de *V*. En cualquier caso, como luego se verá, la modalidad de comportamiento conjunto sí que es relevante para efectos de articular la respectiva relación agencial.

Por de pronto, ya la constitución del objeto de imputación —la falta de ejecución de una acción impeditiva de la muerte de *V*, como una instancia de homicidio bajo la forma de un delito impropio de omisión¹⁵⁵⁰— solicita dos presupuestos: el primero, relativo al

¹⁵⁵⁰ Cuando una acción que satisface la descripción de un delito contra la salud pública, como en los casos de responsabilidad penal por el producto, tiene como consecuencia la producción de la muerte de un consumidor, y la persona fallecida no es la única que ha estado expuesta a ese peligro, no cabe apreciar un concurso de leyes, sino un concurso ideal de delitos. Así, CORCOY BIDASOLO, «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Revista de Bioética y Derecho*, 42 (2018), p. 21; GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 43. Por esto, es altamente criticable la sentencia recaída en el llamado *Caso Nutricomp ADN* (sentencia de 24 de agosto de 2012 del TOP de San Bernardo, Chile), en donde se eximió de los delitos de homicidios y lesiones imprudentes a

hecho, recae en la no ejecución de alguna acción que hubiese sido impeditiva del resultado, y que, por ende, quepa subsumirse en la respectiva norma de requerimiento; el segundo presupuesto, relativo a los agentes, consiste en que hayan ocupado una posición de garante que los hubiese convertido en destinatarios de dicha norma.

Por tratarse de un delito de resultado por omisión, en primer lugar, es necesario identificar una equivalencia material entre la no ejecución de una acción impeditiva de la clase de resultado en cuestión, por un lado, y la ejecución de una acción productiva del mismo, por el otro. En este caso, por lo tanto, respecto de los miembros directivos del laboratorio X solo pueden venir en consideración la no ejecución de aquellos comportamientos que, de haber sido efectivamente ejecutados, podrían haber impedido la producción de la muerte de P. Tras haber introducido ya el antigripal en el mercado, las acciones cuya ejecución, por parte de los directivos, se exhibían como más idóneas (y razonables) a tales efectos eran precisamente las de retirar el producto del mercado y dar el correspondiente aviso a sus consumidores.

Ahora bien, la explicación causal del resultado lesivo padecido por consumidores a raíz del uso o ingesta de productos defectuosos suele ser altamente problemática, por lo que tampoco puede asignarse sin más el carácter de condición negativa a la omisión de retirar del mercado el producto de que se trate. En particular, estos problemas se generan cuando se desconoce el preciso mecanismo causal que determina la producción del resultado —concretamente, cómo se comporta el respectivo agente tóxico en el organismo del consumidor—, de manera que, al no existir una ley causal general que permita incorporar esa acción como un elemento necesario en la explicación causal del resultado, en principio, no parecería posible relacionar causalmente ambos hechos. Dicha dificultad se acentúa por el factor de que, tratándose de productos defectuosos, generalmente no todos los consumidores resultan dañados tras su uso o ingesta, en circunstancias de que una ley determinista —valga la redundancia— no tolera excepciones¹⁵⁵¹. Desde luego, ante un escenario tal no parece plausible imputar hechos solo con arreglo a presunciones (*contra reo*), pero tampoco construir un concepto *ad-hoc* de causalidad, por lo que, según algunos, se presentaría una suerte de dilema: o se flexibiliza el concepto de causalidad y, por ende, las condiciones bajo las cuales se imputa un hecho a uno o más sujetos; o bien, se conserva un respeto irrestricto a las garantías procesales, pero asumiendo el precio de una impunidad político-criminalmente indeseada¹⁵⁵². Como alternativa a la primera opción, sin embargo, nótese que no es necesario modificar el concepto de causalidad, pues, junto

quienes pusieron en el mercado un producto nocivo por considerarse que la imputación de tales resultados, junto con el respectivo delito contra la salud pública, habría supuesto una infracción del *ne bis in idem*.

¹⁵⁵¹ Este argumento fue esgrimido por las defensas de los fabricantes tanto en el *Caso del aceite de colza* como en el *Caso Nutricomp ADN*.

¹⁵⁵² Sobre este dilema, PAREDES CASTAÑÓN, en EL MISMO/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 122 ss. Con referencia a la decisión adoptada en el *Caso del aceite de colza*, críticamente, CORCOY BIDASOLO, «Eficacia de la imputación “objetiva”», *THEMIS: Revista de Derecho*, 68 (2016), p. 27.

con las leyes causales que permiten elaborar un argumento nomológico-deductivo para la explicación del acaecimiento de un evento, también existen leyes probabilísticas o estadísticas¹⁵⁵³, que, a su vez, pueden servir de premisa mayor en la elaboración de un argumento estadístico-inductivo con cuyo apoyo pueda explicarse —aunque de un modo distinto, pues ya no operará como prognosis, sino como explicación retrospectiva— el acaecimiento de dicho evento. Dado que las condiciones de las que depende la subsunción (a modo de premisa menor) del caso concreto en esa la ley estadística son inherentemente sensibles al resultado de cuya explicación se trata, la conclusión obtenida para ese caso *singular* no tendría por qué ser derrotada por el hecho de que otros consumidores no se hayan visto lesionados. Por otro lado, qué grado de probabilidad o estadística sea necesario para construir semejantes leyes, es algo que concierne precisamente a los especialistas del ámbito (“causalmente indeterminado”) del cual se trata.

En segundo lugar, como se dijo, es necesario fundamentar en los miembros de la junta directiva del laboratorio *X* una posición de garante, con cargo a la cual podría haberse fundamentado a su respecto el deber de ejecutar la acción requerida. Para ello, desde luego, la relación de garantía de tales sujetos —ni, en general, la de ningún otro¹⁵⁵⁴— no puede fundamentarse meramente en el rol que desempeñan al interior de la empresa, sino más bien en cómo dicha posición eventualmente los pone en relación con los bienes jurídicos de otros sujetos, sobre la base de que, en esta clase de casos, los consumidores pueden confiar legítimamente en que los productos adquiridos no les causarán daño.

Por supuesto, respecto de la clase de posición de garantía que recae sobre los fabricantes —para algunos, incluso una posición autónoma no clasificable entre las tradicionales— dista de existir un acuerdo en la discusión actual¹⁵⁵⁵. Por de pronto, una vez que el producto ha sido puesto en el mercado y se conoce su potencial peligrosidad, la posibilidad de una injerencia, asiduamente basada en un riesgo calificado, exhibiría menos problemas aplicativos que en el momento previo, en el que todavía se desconocen sus efectos potencialmente nocivos. También se ha barajado como alternativa la idea de deberes de supervisión y control, cuya dificultad principal, sin embargo, residiría en el hecho de que una vez que los productos se encuentran a disposición de consumidores, o incluso de otros comerciantes, ya ningún dominio efectivo podría predicarse del productor. Ahora bien, más allá de esta dificultad práctica, tampoco puede perderse de vista la autonomía de los consumidores: podría existir un control o dominio respecto de

¹⁵⁵³ Para esto y lo que sigue, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 48 y ss., quien puntualiza que el recurso a leyes estadísticas no conduce a una “causalidad probabilística”; se trata, más bien, de ofrecer “apoyo inductivo” a la conclusión de que el acaecimiento de ese evento era esperable.

¹⁵⁵⁴ Al respecto, ya SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., p. 464: antes que un rol o posición del sujeto más “satisfactorio sería, pues, hablar de *situaciones concretas de garantías*”. (Cursivas del original).

¹⁵⁵⁵ Para una visión de conjunto, ROXIN, *PG*, t. II, § 32/198 ss. Al respecto, véase también WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 40 y ss.

la calidad y del destino de los productos, pero no directamente de cómo se comportarán los consumidores que lo adquieran. Por ello, una función de protección, basada tanto en la confianza que los consumidores no pueden sino depositar en el cumplimiento de estándares de seguridad por parte del fabricante, como en la imposibilidad de que ellos mismos comprueben la calidad y la falta de nocividad de los productos, podría fundamentar las obligaciones de parte de los fabricantes de retirarlos del mercado y de advertir sobre sus peligros, una vez que estos han sido conocidos¹⁵⁵⁶. Por esto, en sentido estricto, y haciendo abstracción de cuanto concierne a los peligros contra la salud pública, lo que fundamentalmente han de proteger los fabricantes es la información de los consumidores, y, mediatamente a través de ella, su integridad; estructuralmente, pues, son casos de autolesión¹⁵⁵⁷. Con todo, según se advirtió, los productores no están en condiciones de disponer —como lo haría un autor mediato— del nexo situacional susceptible de generarse entre el error que por lo general padecen los consumidores potencialmente lesionados y un concreto comportamiento autolesivo de parte de estos últimos; en cambio, los fabricantes y, especialmente, los distribuidores sí están en condiciones de evitar que llegue a generarse ese nexo, precisamente por la vía de retirar previamente el producto, de manera que no tenga lugar la acción inmediatamente productiva de ese resultado, esto es, el propio consumo.

Continuando con el análisis del supuesto antes ofrecido, que los directivos del laboratorio X hayan tenido la obligación de impedir la acción productiva de un resultado —por la vía de retirar el producto— y, sin embargo, no lo hayan hecho, plantea la pregunta acerca del criterio de imputación subjetiva aplicable. Los supuestos en los que, luego de introducir un producto en el mercado, los fabricantes cuentan al menos con la posibilidad de que este tenga algún potencial lesivo y, aun así, no lo retiran, ciertamente, encarnan escenarios en donde una imputación a título doloso deviene plenamente factible, mas no evidente¹⁵⁵⁸. Para ello, es crucial tener en cuenta que esa sola circunstancia, referida a la peligrosidad del producto, no incluye necesariamente una representación concerniente a la lesión de

¹⁵⁵⁶ Al respecto, véase CONTRERAS CHAIMOVICH, *Polít. Crim.*, 23 (2017), p. 47, detallando que una de las principales expectativas que los consumidores depositan en los fabricantes es precisamente la del retiro del producto en caso de que este devenga en nocivo.

¹⁵⁵⁷ Supóngase que, mediante un comunicado de prensa, seguido de una campaña informativa, una empresa fabricante de esteroides anabólicos notifica a los distribuidores y consumidores identificables que se han comercializado algunas partidas del suplemento cuyas elevadas dosis llevarían asociadas riesgos cardíacos para ciertos consumidores. Así, un consumidor mayor de edad que compró el producto antes del comunicado, ha llegado a conocer su peligrosidad, tras ser notificado por su farmacéutico y haberse informado directamente por la prensa. Aun así, C decide consumir el suplemento para no perder el dinero, y porque, además, no cree que él se encuentre dentro del grupo de riesgo. Ante la eventual muerte de C, no cabría descartar, sin más, la posibilidad de una actuación a propio riesgo, sin perjuicio, por supuesto, del delito contra la salud pública por parte de los productores.

¹⁵⁵⁸ Respecto del *Caso del aceite de colza*, CORCOY BIDASOLO, *THEMIS: Revista de Derecho*, 68 (2016), p. 28, interroga lo siguiente: “¿se puede afirmar la existencia de dolo cuando en la actualidad todavía se desconoce cuál era el riesgo típico?”

bienes jurídicos individuales, respecto de los cuales podría seguir existiendo una creencia errónea que obstaculice una imputación a dolo¹⁵⁵⁹. Como ocurre en el caso presentado, es posible que, por ejemplo, dos o más co-garantes menosprecien el peligro —en cuyo caso la lesión de un bien jurídico individual se presentaría como un exceso intensivo con respecto a una representación que solo abarcaría la puesta en peligro de un bien jurídico supraindividual, mediada por la puesta en riesgo de bienes jurídicos individuales distintos de la vida—; o bien, que valoren erróneamente las circunstancias —por ejemplo, suponiendo que los casos ya conocidos únicamente obedecían a disposiciones especiales de las víctimas—; o incluso que, teniendo indicios vagos acerca de la peligrosidad del producto, los co-garantes prefieran no informarse respecto de su real peligro —como supuesto de ignorancia deliberada, que, por ende, no debe alcanzar a presentarse bajo la forma de una creencia dubitativa—, etc., de manera que, por cualquiera de tales razones, no se representen a sí mismos en la respectiva situación típica. Por supuesto, de haber adoptado el cuidado situacionalmente exigible en su caso —por ejemplo: habiendo solicitado y ponderado informes definitivos de varios expertos, cotejándolos luego entre sí—, los directivos habrían estado en condiciones de representarse adecuadamente las consecuencias concretas que podrían seguirse de su omisión y, con ello, inferir, con necesidad práctica, el deber de retirar el producto del mercado¹⁵⁶⁰.

Pero para que se constituya un delito de omisión impropio por imprudencia, ciertamente, no basta con que los directivos del laboratorio X hubiesen dejado de adoptar las medidas de cuidado que podían y tenían que haber aplicado, ya que es igualmente indispensable que se establezca el respectivo nexo de imputación entre la falta de adopción del cuidado exigido y la no ejecución de alguna acción que hubiese impedido la producción de ese resultado. Este extremo, complejo en sí mismo, tratándose de supuestos de responsabilidad penal por el producto defectuoso exhibe una dificultad adicional, pues, a la pregunta inicial acerca de qué habría sucedido si los co-garantes omitentes hubiesen adoptado las exigencias de cuidado necesarias para concretar y cumplir con sus respectivos deberes de garante, suele añadirse la de si acaso esto habría repercutido o no en el comportamiento de otros sujetos, también necesario para que tal resultado no tuviese lugar. Por ejemplo, los directivos del laboratorio X podrían esgrimir en su defensa que, aunque hubiesen adoptado las medidas de cuidado pertinentes y cumplido luego con los deberes en que se concreta su posición de garantía, el hecho no podría imputárseles, al desconocerse si acaso los distribuidores o demás comerciantes del medicamento habrían procedido de acuerdo con su indicación. Por supuesto, las dimensiones del problema se

¹⁵⁵⁹ Para la demarcación entre el dolo en delitos de peligro y la imprudencia consciente en delitos resultativos contra bienes jurídicos individuales, fundamental, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 300-302.

¹⁵⁶⁰ Cfr. SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, pp. 249 y s., quien se refiere en este contexto a un “proyecto de omisión conjunta” cuyo objeto es la introducción de medidas de salvamento.

agravan cuando se tematiza el nexo de imputación como una relación de corte causal —discurriéndose así en términos de la relación de causalidad (en sentido fuerte) entre la infracción del deber de cuidado y el respectivo resultado—, hasta el punto de que, para cerrar la vía a una defensa basada en omisiones sucesivas puramente hipotéticas, ha llegado a sugerirse que, en tales casos, ha de contarse con que los terceros efectivamente se habrían comportado conforme a cuidado¹⁵⁶¹. Con todo, no parece apropiado proceder con arreglo a presunciones, en ninguna de las dos direcciones. A pesar de que, en efecto, el incumplimiento de los primeros garantes —en el caso aquí trabajado, los directivos del laboratorio X— impide que a los demás garantes —distribuidores o farmacias, por ejemplo— llegue a generarse la oportunidad de cumplir con su deber, precisamente de esto último cabe desprender que el obrar conforme a cuidado de este segundo grupo de garantes es tan hipotético como presumir su incumplimiento. En efecto, podría ser que, dependiendo de las circunstancias, sí resulte factible conjeturar que, a pesar de las indicaciones, los segundos garantes no habrían actuado conforme a cuidado, o bien, que se habrían encontrado bajo una imposibilidad de cumplimiento, supuesto en el cual el nexo de imputación de los primeros decaería. Sin embargo, lo anterior no debe conducir a que se identifiquen dos preguntas íntimamente ligadas, pero distintas, a saber: por un lado, si el cumplimiento de las respectivas exigencias de cuidado habría permitido —con una probabilidad rayana a la certeza— a los primeros garantes estar en condiciones de *ejecutar alguna acción* que pudiese impedir el resultado en cuestión, y, por otro, la de si acaso, de haber actuado conforme a cuidado, efectivamente ese resultado —con una probabilidad rayana a la certeza— no habría tenido lugar. Desde luego, si la primera pregunta no puede responderse en sentido afirmativo, porque a los primeros garantes, de todos modos, no resultaba posible realizar la acción requerida, el nexo de imputación se rompe. En segundo lugar, si hubiesen podido realizar la acción requerida, pero, aun con ella, probablemente el resultado tampoco habría podido ser evitado —asunto que depende ya no solo de la acción ejecutada por los primeros garantes sino, entre otras cosas, de acciones sucesivas de terceros o incluso del propio azar—, entonces decae también el nexo de imputación. En el ejemplo que se examina, sin embargo, si los directivos del laboratorio hubiesen adoptado las exigencias de cuidado pertinentes, habrían estado en condiciones de advertir la real peligrosidad del medicamento, y, por ende, de realizar alguna acción que pudiera impedir la muerte de algún consumidor —en este caso, P—,

¹⁵⁶¹ Así, PUPPE, *Indret*, 4 (2008), p. 39; LA MISMA, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/123, 133 y ss., quien parte de la base de que el comportamiento de sujetos libres no puede ser pronosticado de acuerdo con leyes causales, por lo que, más bien, cabe proceder con arreglo no a la conducta más probable, sino a la que habría sido conforme a la norma, ya que nadie puede pretender descargarse de responsabilidad esgrimiendo un comportamiento contrario a deber ficticio del segundo garante. En sentido crítico con respecto a esta última postura, véase ya GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (2000), pp. 59 y s. Por su lado, GRECO, *Problemas de causalidade*, pp. 78 y ss.; EL MISMO, *ZIS*, 8-9 (2011), p. 691, considera que, en lugar de una presunción *iuris et de iure*, el comportamiento conforme a cuidado de los segundos garantes debe ser calibrado conforme a las reglas de la experiencia, dependiendo, por ende, de las circunstancias de cada caso.

esto es, retirando el producto del mercado y dando el aviso respectivo a los demás distribuidores, decayendo el nexo de imputación, en cambio, solo si efectivamente existiese incertidumbre acerca del cumplimiento de estos últimos, con lo cual recién entonces la acción de salvamento de los primeros garantes se habría tornado fútil.

Para finalizar, con el objeto de analizar otra hipótesis conflictiva, asúmase, como nueva variante del ejemplo *El nuevo antigripal*, que la omisión de retirar el medicamento del mercado no ha sido sometida a votación alguna, sino que es simplemente fruto de la inactividad de todos los miembros del directorio del laboratorio X. Como se enunció antes, este supuesto es potencialmente conflictivo de cara a la articulación de la relación agencial entre omitentes. Según la opinión de un sector doctrinal, la falta de una decisión formal en orden a no retirar el producto del mercado podría llegar a suplirse —hecha abstracción de problemas probatorios— por la existencia de algún acuerdo tácito entre los directivos, reuniones o conversaciones informales que justamente tuviesen el sentido de no formalizar externamente su postura¹⁵⁶². Pero, por supuesto, el obstáculo seguirá instalado si ni siquiera esta última alternativa es factible; ello ocurrirá cuandoquiera que cada uno de los co-garantes, de forma independiente, simplemente decida “cerrar sus ojos ante el problema y esperar”¹⁵⁶³. Las dificultades de este puzle teórico se acentúan todavía más si se considera que el recurso a una pluralidad de autorías individuales por omisión no parecería encontrarse disponible frente a supuestos —como el que se comenta— en los que la acción impeditiva no puede sino ejercerse de manera conjunta. En este último sentido, el reconocimiento de la relevancia causal de cada una de tales inactividades — en términos de que cada omisión hubiese sido parte necesaria de alguna de las combinaciones de posibles condiciones mínimas suficientes para la falta de impedimento del resultado— no allanaría el problema, pues, desde un prisma individual, los sujetos seguirían careciendo de la capacidad necesaria para realizar la acción impeditiva.

Pues bien, ante escenarios como el recién descrito, es necesario reconsiderar que la presencia de un acuerdo positivamente formulado en orden a *omitir* una acción es estrictamente secundaria, por contingente, de cara a una exigencia primaria consistente en que los sujetos han de saber y compartir (negativamente) la intención de *no ejecutar* conjuntamente dicha acción. Estos requerimientos resultan ya suficientes para descartar la unificación de omisiones individuales meramente agregadas, en las que dos o más sujetos ignoran que, junto con otro u otros, no ejecutan una determinada acción que tenían que ejecutar conjuntamente, con lo cual tampoco pueden coordinarse para realizarla. Las que tienen lugar en el específico contexto que se analiza, sin embargo, no constituyen omisiones meramente agregadas e independientes entre sí. En efecto, entre quienes no se

¹⁵⁶² RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *AFD* (1999), p. 207; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 333 y s.

¹⁵⁶³ SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, p. 252.

reúnen para adoptar una determinada decisión, consistente en aprobar el retiro de cierto producto del mercado, generalmente asistirá un “*modo-actitudinal-nosotros*”, pues, dada la propia naturaleza del mecanismo operativo de un órgano colegiado, la representación de su propia falta de actuación por parte de cada miembro se hallará subordinada a la representación de que, en realidad, es el grupo el que deja de actuar¹⁵⁶⁴. Desde este punto de vista, puede apreciarse en estos casos una instancia de coautoría sin renunciar a la necesidad de reconocer en los sujetos la aplicación —en este caso, negativa— de una perspectiva de primera persona del plural. En cambio, dicha visión resulta negada bajo formulaciones que fundan la condición de coautores de estos sujetos en la constatación de un ámbito normativo de responsabilidad común¹⁵⁶⁵. Tampoco parece solucionar el problema la suposición de la infracción de “especiales deberes conjuntos de garante”¹⁵⁶⁶, ya que, aun si se razonara sobre la base de la infracción de tales deberes conjuntos, su afirmación no permitiría ocultar el hecho de que todo el problema descansa en explicar el carácter conjunto no del deber como tal, sino de la infracción de dicho deber.

III. Otras instancias de pluralidad de autores en injustos imprudentes y su delimitación con la coautoría

1. Autorías paralelas en injustos imprudentes

1.1. Consideraciones sobre el estatus categorial de la llamada “autoría paralela” y sus posibilidades de aplicación

La coautoría es una instancia de pluralidad de agentes, acaso la más paradigmática, pero no la única. La categoría más general, pues, está constituida por la “pluralidad de autorías” (o pluriautoría), dentro de la cual, al lado de la coautoría, es posible reconocer un instituto que suele denominarse “autoría accesoria” o, de manera algo más precisa, “autoría paralela”¹⁵⁶⁷. Con tales rótulos intenta describirse supuestos en que dos o más sujetos, sin

¹⁵⁶⁴ Con otras palabras, en la perspectiva de primera persona del singular de cada uno de los miembros del órgano colegiado que sabe que no está emitiendo individualmente un voto para decidir el retiro de un determinado producto del mercado, está implícitamente incluida la representación (en primera persona del plural) de que no están participando junto con los demás en la votación de dicho asunto.

¹⁵⁶⁵ Solución que patrocina Otto. Para su exposición y crítica, cfr. Cap. Séptimo, apdo. IV.2.5.1.

¹⁵⁶⁶ En esa línea, por ejemplo, la propuesta de SCHAAL, *Gremienentscheidungen*, pp. 255 y ss.

¹⁵⁶⁷ Una breve e instructiva forma de situar conceptualmente estas categorías puede encontrarse todavía en SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 14/33: “[l]a autoría paralela (*Nebentäterschaft*), como concepto, tiene la función de negar la coautoría al interior de la pluriautoría (*Mehrtäterschaft*), y, frente a la autoría individual (*Alleintäterschaft*), la de hacer reconocible la imputación del suceso típico a varios autores”. A pesar de lo anterior, es usual que los penalistas alemanes utilicen de manera indistinta las nociones de “pluriautoría” y “autoría paralela”: por ejemplo, SCHILD, *NK-StGB*, 5ª ed., § 25/149; HEINE/WEIßER, *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., § 25/104. Críticamente sobre esto último ya FINCKE, *GA* (1975), p. 163. En la dogmática española, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2ª ed., p. 378, ha señalado que la “autoría accesoria” no sería otra cosa que, *sit venia verbo*, una “autoría única plural”. Nótese, sin embargo, que precisamente porque es plural no puede ser única, sino una pluralidad de autorías individuales. La expresión

actuar conjuntamente, y, por ende, sin revestir la condición de coautores, son llamados a responder a título de autores a raíz del mismo suceso.

A pesar de ser la más extendida en la discusión hispanoamericana, la expresión “autoría accesoria” padece la desventaja de evocar un “hierro de madera”. Pues lo definitorio de la autoría es que constituye un criterio que permite imputar a título propio acciones principales, no accesorias. De manera metafórica, quizá, podría expresarse que el comportamiento de un autor “accede” al de otro, y a la inversa; sin embargo, ya se ha visto a propósito de la coautoría que una tal accesoriedad recíproca envuelve un problema lógico de circularidad. De ahí que, en principio, resulte más apropiada la expresión “autoría paralela”. Ahora bien, en sentido estricto, nótese que esta adjetivación tampoco parece ajustarse a los casos que por medio suyo pretende representarse. A primera vista, el rótulo podría sugerir una independencia plena entre los comportamientos de los respectivos “autores paralelos”, dado que, por definición, dos rectas paralelas nunca se intersecan; por el contrario, ocurre que la dinámica del grupo de casos tematizados en este ámbito precisamente da cuenta de comportamientos entrecruzados. Para hacer referencia a la eventual relación de convergencia en un plano extensional entre dos o más comportamientos podría quizá emplearse la denominación “autoría convergente”¹⁵⁶⁸. Esta última permitiría hacer explícito un argumento situado justo en el fondo del problema, a saber: que en estos casos se trataría de un solo hecho en el que convergen varios agentes en *una* sola relación de autoría. Con todo, precisamente porque, según pronto se detallará, la tesis contraria es la que parece teóricamente más viable, sigue siendo preferible la expresión “autoría paralela”, pues la convergencia en cuestión únicamente se predica de *los comportamientos* de los potenciales autores, pero no así de sus relaciones individuales de autoría con respecto de un hecho que normativamente no es el mismo para todos¹⁵⁶⁹. Por el contrario, la afirmación de una pluralidad de autorías

pluriautoría también ha sido utilizada en múltiples trabajos por Luzón Peña y Miguel Díaz y García (cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFD* (1998-1999), pp. 74 y s., nota 73, p. 82, nota 101), refiriéndose con ella a los casos en que “simultáneamente tienen lugar varias conductas, cada una de las cuales realiza totalmente el tipo”. Por otro lado, la traducción castellana más extendida de la expresión alemana *Nebentäterschaft* probablemente sea la de “autoría accesoria”, pero, como se señala en el texto, es profundamente equívoca. Críticamente a este último respecto, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 181 y s., con nota 173; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 15/15, especialmente nota 4; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 588 y s., con nota 193.

¹⁵⁶⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 15/15, quien habla de “autoría yuxtapuesta (o “autoría accesoria” o “paralela) dolosa o imprudente”, para describir casos en los que, “sin estar de acuerdo, producen el resultado dos actuaciones independientes, cada una de las cuales por separado hubiera sido incapaz de causarlo”.

¹⁵⁶⁹ Según MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, p. 106, la autoría accesoria sería una especie dentro de una categoría más amplia, a saber: la intervención no coordinada de acciones que coinciden por azar en el espacio-tiempo, y que combinan sus efectos en un resultado lesivo. Asimismo, en dicha categoría Molina Fernández incluye también los casos en que uno de los sujetos conoce el comportamiento previo de otro, supuestos a los que denomina de “coordinación intencional en una sola dirección”. De todos modos, nótese aquí que en ambos casos faltaría la reciprocidad y bilateralidad necesaria para una agencia compartida.

por convergencia evocaría más bien la estructura de la coautoría. Con el recaudo de que el paralelismo situado a nivel normativo no implica la negación de una eventual convergencia en el plano fáctico, en lo sucesivo se hablará de no una única, sino de una pluralidad de “autorías paralelas”.

Como se anticipó, las autorías paralelas se asemejan a la coautoría dado que en ellas también vienen en consideración dos o más sujetos a quienes se imputa, en tanto que autores, un hecho a título propio. De ahí que ocasionalmente se la presente incluso como una “coautoría impropia”¹⁵⁷⁰, intentando enfatizar con ello que la diferencia entre ambas únicamente se encontraría en el plano subjetivo, aunque la comprensión que se ha impuesto, y desde hace mucho tiempo, es la de que una sería la contracara de la otra¹⁵⁷¹. Este modo de presentar su diferencia, sin embargo, necesita algunas precisiones.

Ciertamente, desde un inicio es fundamental advertir que, ya por referencia a las descripciones a las que quedan sometidas las acciones de los potenciales autores paralelos, en contraste a la de potenciales coautores, existe una diferencia capital, a saber: solo las constitutivas de una base para la imputación a título de coautoría soportan una lectura unificadora adicional bajo la cual pueden tenerse como “partes de una acción conjunta”, mientras que las fundantes de instancias de autorías paralelas, a lo sumo, podrían ser interpretadas como una agregación de comportamientos independientes entre sí. Y para practicar esta distinción, en efecto, es indispensable determinar si puede atribuirse o no agencia compartida a tales sujetos, labor en que incide decisivamente el reconocimiento de compromisos cognitivos y prácticos consistentes entre ellos. Justamente por esto, sin embargo, la diferencia no se restringe exclusivamente al llamado “elemento subjetivo” de la coautoría, en la medida en que este no es un presupuesto independiente, sino más bien una herramienta interpretativa respecto de qué aportes son expresivos de la adopción de un mismo patrón de agencia.

Pero obsérvese, además, que la identificación de sendas autorías paralelas no solo niega una relación de coautoría, sino también la de una posible autoría mediata —en tanto que modalidad de autoría individual—, y la de una posible relación de autoría y participación. Más allá de la obviedad de que aquí todos son autores, nótese que la participación es una instancia de intervención delictiva, que, como tal, requiere la intervención de varios en un único hecho¹⁵⁷². Esta última afirmación es relevante dado que lo característico de una modalidad de intervención delictiva consiste en que el respectivo título de imputación

¹⁵⁷⁰ Al respecto, FINCKE, *GA* (1975), p. 163, nota 23, y p. 168, nota 54, con referencias críticas a Maurach.

¹⁵⁷¹ Así, ya MAYER, M.E., *PG*, p. 477, considerando a la autoría paralela un concepto muy pobre, cuyo valor se agotaría en servir de contraste a la coautoría.

¹⁵⁷² Es fundamental a este respecto el trabajo de FINCKE, *GA* (1975), *passim*, especialmente, p. 164.

está determinado por la forma en que se relacionan entre sí los comportamientos de los sujetos involucrados en un *mismo* hecho. En cambio, en instancias de autorías paralelas la forma en que se fundamenta la imputación de cada autor descansa exclusivamente en su comportamiento, sin que dicha condición quede fijada —desde un plano normológico, allende la posibilidad de una convergencia fáctica— por la actuación de otros.

A raíz de lo avanzado, antes que diferenciarla de las modalidades de intervención delictiva, más importante todavía es la pregunta acerca de si con “autoría paralela” se designaría una categoría distinta, con requisitos y ámbito de aplicación propios.

A pesar de que la opinión ampliamente mayoritaria niega esto último, considerándola un instituto carente de significado autónomo, hasta el punto de que algunos aconsejen prescindir de esta expresión, por inducir a equívocos que no se compensarían por su escaso rendimiento explicativo¹⁵⁷³, es usual que la autoría paralela sea definida bajo términos que, a primera vista, no permitirían sustentar una conclusión tan categórica como la recién enunciada. En efecto, cuando se señala que la autoría paralela consistiría en la “realización de un hecho” o bien en “la producción de un resultado típico” que *solo* tiene lugar a partir de la reunión del comportamiento independiente de dos o más sujetos —a lo que suele añadirse, como condición negativa, que no sean coautores—, cada uno de los cuales respondería a título de autor por la *totalidad del hecho* o del resultado en cuestión¹⁵⁷⁴, a la vez, pareciera describirse una forma de proceder diversa de la imputación de una autoría directa ordinaria. Como se indicó más arriba, el rótulo “autoría

¹⁵⁷³ FINCKE, GA (1975), p. 164, clarifica que la llamada autoría paralela (*Nebentäterschaft*) no solo material, sino también formalmente es una instancia de autoría individual, pues no existe una norma expresa que permita otorgarle un alcance distinto. Estos argumentos, sin embargo, son esgrimidos por Fincke en el contexto de una radical crítica que se hace extensiva incluso a la utilidad sistemática y didáctica de la noción de autoría paralela, que deriva finalmente en aconsejar su abandono (*ibidem*, p. 176). Sobre la carencia de significado dogmático autónomo de la autoría paralela, véase SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/247, quienes, por tal razón, concluyen que podría prescindirse de este concepto. En opinión de RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/80, el concepto genérico de autoría paralela, como contraste de coautoría, sería producto de la concepción causalista del delito. Por su parte, ROBLES PLANAS, *RDPC*, 6 (2000), p. 225, considera que la “autoría accesoria” se desprende directamente de la propia esencia de la imputación objetiva y la autoría; también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), p. 35, la discierne como asunto de imputación de objetiva. En esta investigación, sin embargo, la noción de “autorías paralelas” desempeña una prestación clasificatoria, pues, aunque formal y materialmente siga siendo una instancia plural de autorías individuales (no siempre de autorías directas), y, por ende, siga sometida a los presupuestos generales, la posibilidad teórica y las condiciones de su reconocimiento no son en absoluto evidentes, ni pueden situarse en el mismo nivel de controversia y complejidad cual si se tratase de una única autoría individual.

¹⁵⁷⁴ Por ejemplo, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, pp. 182 y s., se refiere a la realización de un mismo resultado típico conjuntamente por varias personas; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 138, señala que la lesión del objeto que representa el bien jurídico debe ser causada conjuntamente, siendo este el elemento de conexión entre los autores paralelos; SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/246: por autoría paralela se entiende el caso en que, sin actuar como coautores, varias personas producen conjuntamente un resultado delictivo; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10 (2008), p. 34: “(...) la producción del resultado la determina el conjunto de acciones de dos o más personas que, sin embargo, no son coautores por faltar el acuerdo (en sentido amplio) entre ellos”.

convergente” acaso permitiría captar lo distintivo de dicha operación, esto es, que la razón por la cual podría imputarse la totalidad del hecho a un sujeto descansaría en la circunstancia (especial) de que su comportamiento converge con el de otros, y viceversa. Pero el problema de una tal comprensión radicaría en que, de esta manera, al hacerse de la autoría paralela una figura subsidiaria de la coautoría, podría darse por hacedera la opción de acudir al llamado “principio de imputación recíproca” —o, desde la tesis aquí defendida, a una “unificación de acciones”— en condiciones bajo las cuales no comparece el fundamento que legitima y justifica su aplicación, a saber, la adopción de un patrón de agencia compartida entre los intervinientes. Por el contrario, la mera convergencia en un plano extensional, generalmente, fruto del azar, como tal, no permitiría endosar a cada sujeto el, por así decirlo, “fragmento de responsabilidad” que derivaría del comportamiento de otros¹⁵⁷⁵. Por lo demás, en contra de esa posibilidad tendría que hablar desde ya la falta de reconocimiento legal de esa —bajo estos específicos términos— modalidad de intervención delictiva¹⁵⁷⁶.

Ahora bien, justamente por la vía de explicitar la existencia de sendas autorías paralelas se evita que quede oculto el hecho de que son al menos dos los sujetos a quienes la realización de un tipo delictivo puede ser imputado como autores. Dicho esto, en lo que sigue intentarán conciliarse dos premisas básicas. En primer lugar, dado que la “autoría paralela” generalmente involucra dos o más autorías directas¹⁵⁷⁷, no debiesen flexibilizarse las condiciones de aplicación de esta última categoría. Ello rige especialmente para el injusto imprudente, pues, con cargo a la noción de “autoría paralela” suele desenvolverse en este ámbito una concepción extensiva de interviniente. Sobre este último aspecto, sin embargo, ya se ha insistido suficientemente antes¹⁵⁷⁸, por lo que esta exigencia emplazará ahora más bien a revisar bajo qué condiciones puede operar una pluralidad de autorías directas, tratándose de delitos de resultado puros imputables a imprudencia. La segunda premisa reza como sigue: ya que se trata de un supuesto de pluralidad de autorías, es necesario precisar mínimamente cómo y hasta qué punto podrían relacionarse los comportamientos de los potenciales autores paralelos, de tal manera que, justamente, no se pase de contrabando una relación de intervención delictiva.

¹⁵⁷⁵ En esta dirección, véase ya la crítica de HANRATH, *Mittäterschaft und Teilnahme*, p. 14, sobre la base de que la coautoría sería una excepción al principio de autorresponsabilidad, pero no así la autoría paralela.

¹⁵⁷⁶ Ello debe ser entendido sin perjuicio de que, por supuesto, algunos tipos de la Parte especial pueden incorporar cláusulas en las que la descripción típica contemple ya la posibilidad de una actuación conjunta con otros (sin que ella opere como criterio de imputación), como muestra el artículo 325.1 y 325.2, en su párrafo primero, del CPE, a propósito de los delitos contra el medio ambiente, donde se castigan conductas que “por sí mismas o conjuntamente con otras”, causan o puedan causar las consecuencias allí descritas.

¹⁵⁷⁷ Desde luego, no es la única posibilidad. Como se verá, también puede haber casos de autorías paralelas entre un autor mediato y un autor directo, o de “coautorías paralelas” (por ejemplo, entre sujetos que son coautores de un delito comisivo y otros que son coautores de un delito omisivo).

¹⁵⁷⁸ Cfr. *supra* Cap. Sexto, apdo. III.1.

Dado que, de acuerdo con las cláusulas legales más extendidas, como autor directo suele describirse a quien realiza el hecho “por sí mismo” o “por sí solo”, es comprensible que la aplicación de dicha terminología a constelaciones en las que intervienen varios sujetos cuyo comportamiento no explica de manera autosuficiente cierto *evento* pueda resultar cuando menos lingüísticamente incómoda. Dicho de otro modo, podrían asistir buenas razones para sospechar que aquí exista nada más que un solo “hecho” (como realización típica), si este es identificado con la unidad espacio-temporal a cuya composición contribuyen los comportamientos de varios sujetos. Después de todo, por ejemplo, seguirá habiendo un solo muerto, por muchos que sean los sujetos que vengan en consideración como potenciales autores paralelos de sendos delitos de homicidio.

Junto con lo anterior, sin embargo, es enteramente factible afirmar que la modificación de un estado de cosas en el mundo por otro estado de cosas distinto puede ser explicada a raíz de la conjunción de varios comportamientos que, a su vez, jurídico-penalmente, constituyan “hechos” distintos. Pues el mismo evento puede servir como sustrato fáctico a distintas instancias de quebrantamiento de una misma norma de comportamiento, cuandoquiera que el mismo objeto material se presente como objeto jurídico de diversas lesiones¹⁵⁷⁹. Desde luego, con esto último surge inmediatamente la pregunta (práctica) acerca de las condiciones y los límites bajo los cuales podría tener lugar semejante

¹⁵⁷⁹ En ese sentido, ROBLES PLANAS, *Indret*, 2 (2012), p. 17, nota 41, acerca de los injustos independientes potencialmente reconocibles en un omitente y otro sujeto que obra activamente. El matiz apuntado en el texto parece ser recogido también por la definición de MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 139, quien señala que existe autoría paralela cuando “dos o más personas, sin estar vinculadas en una relación de coautoría, realizan el tipo de un delito de resultado, consumado y a título de autoría, en el que, sin embargo, en virtud de la cooperación de los intervinientes se produce solo *una* lesión del objeto que representa el bien jurídico (*Rechtsgutsobjektsverletzung*)”. (Cursiva del original). Al margen de que Murmann sigue refiriéndose a los autores paralelos como intervinientes, es correcta e indispensable la distinción entre el carácter unitario del sustrato fáctico, representado en el mundo externo por el menoscabo de un mismo objeto material, de la pluralidad de lesiones a ese bien jurídico a las que dicho sustrato puede dar lugar. Este rasgo acaso permita diferenciar también los casos de autorías paralelas de la controvertida figura de los llamados delitos de acumulación. En efecto, en el segundo caso, y bajo la comprensión quizá más controvertida de tales delitos, la convergencia (o acumulación) de los comportamientos sería presentada como *constitutiva* de la clase de acción prohibida (acciones agregadas que cumulativamente producirían un daño). Cabe también ofrecer una interpretación alternativa —y menos problemática de cara a su legitimación—, a saber: que, en estos tipos, la acumulación no designa la forma como se integra el objeto de imputación, sino la razón en la que descansa la decisión de criminalización de tales hechos (precisamente: la de evitar eventuales daños globales), de manera que, a despecho del rótulo, tales delitos ya no serían de lesión, sino de peligro (abstracto). Sea como fuere, nótese que, en supuestos de autorías paralelas, en cambio, la convergencia no viene exigida por la clase de acción prohibida (se trata de una convergencia extratípica), sino que es un rasgo contingente que permite expresar que un mismo sustrato fáctico puede servir de base a una pluralidad delictiva. Por supuesto —y de manera similar a lo que ocurre bajo la primera forma de comprender los delitos de acumulación, enunciada más arriba—, todo el problema acerca de la legitimidad del posible reconocimiento de sendas autorías paralelas descansa en que, a pesar de la pluralidad de agentes, respecto de cada uno, el objeto de imputación pueda constituirse efectivamente de manera autónoma. Para una crítica a la equiparación de estructuras entre los delitos de acumulación y la autoría accesoria, desde otro punto de vista, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2006, p. 148 y s.

operación; pero de esta última cuestión —que enseguida solo será esbozada en sus dimensiones generales— no depende (sino al contrario, ella es dependiente de) la pregunta previa acerca de la posibilidad (teórica) de reconocer una pluralidad de agentes en una pluralidad delictiva, por oposición a la pluralidad de agentes en una unidad delictiva, a la que da lugar la coautoría¹⁵⁸⁰. Este interrogante puede responderse en sentido afirmativo, ya que la unificación de acciones que tiene lugar bajo la estructura de la coautoría es puramente contingente. De no operar dicha unificación, de ello no se sigue que los (eventualmente) varios sujetos involucrados en el acaecimiento de un mismo evento no puedan llegar a responder a título de autores (directos); más bien, de ello solo se sigue que, para esto último, será indispensable que el comportamiento de cada uno de los potenciales autores paralelos satisfaga individualmente todas las condiciones de las cuales depende el surgimiento de responsabilidad penal. Como enseguida se verá, en lo que concierne a la constitución del respectivo objeto de imputación, convendrá tener especialmente en cuenta que este no recae en la causación de un resultado, sino en comportamientos susceptibles de describir como acciones productivas o no impeditivas del mismo. Este aserto tiene relevancia capital ya para la posibilidad de autorías paralelas, pues, si la autoría individual puede ser designada —tomando prestada la terminología de Kutz¹⁵⁸¹— como una instancia de *autoría exclusiva*, en oposición a la coautoría, en tanto que instancia de autoría inclusiva, dichas exclusividad e inclusividad son predicables de las *acciones* ejecutadas (o no ejecutadas), y no de los eventos causados por tales acciones (tales eventos, por así decirlo, no pertenecen a los agentes, sino al mundo). Esta precisión acaso podría contribuir a contrarrestar el carácter inicialmente contraintuitivo que parecería exhibir la posibilidad de atribuir responsabilidad a varios sujetos, como autores directos de delitos distintos, por referencia a un mismo evento a cuyo acaecimiento ha contribuido el comportamiento de todos.

1.2. Posibles escenarios de autorías paralelas por imprudencia

Perfilado el estatus categorial de la llamada autoría paralela, ahora corresponde explorar sus posibilidades de aplicación. Desde luego, un tratamiento pormenorizado de ellas

¹⁵⁸⁰ Fundamental al respecto, BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, pp. 287 y s., nota 45. Cfr. EL MISMO, *Die Normen*, t. II.1, pp. 497 y s., advirtiendo que, en tales casos, al ser las voluntades de los autores totalmente independientes entre sí, no puede hablarse de una unidad de la acción, ni tampoco de una coautoría. Ahora bien, cabe advertir que la noción produccionista de causa manejada por Binding, le condujo a considerar que en los casos en que el comportamiento de uno los sujetos no hubiese causado totalmente el resultado —como ocurre en la mayoría de estos supuestos— tendría que descartarse la imputación de un hecho consumado, quedando en su lugar solo una tentativa de delito, mientras que, tratándose de un hecho imprudente, al no estar disponible *de lege lata* dicha alternativa, siempre habría de requerirse la “causación completa del resultado lesivo”. A este último respecto, BINDING, *Die Normen*, t. IV, pp. 589 y ss.

¹⁵⁸¹ KUTZ, *Complicity*, pp. 105 y s., quien, sin embargo, refiere las propiedades de exclusividad e inclusividad indistintamente, tanto a las acciones como a los eventos condicionados por ellas.

excede el marco de esta investigación, por lo que, de nuevo, se privilegiará un análisis de corte estructural, especialmente con el propósito de trazar límites con la coautoría en un injusto imprudente¹⁵⁸². Para ello, se procederá a revisar algunos escenarios teóricos en los que la identificación de sendas autorías paralelas, en principio, no debiese resultar tan controvertida, como otros en los que dicha posibilidad se exhibe altamente problemática.

1.2.1. Supuestos de causalidad cumulativa en injustos imprudentes

Como se anticipó, las principales resistencias contra la posibilidad de imputar a varios sujetos, a título de autores directos, la “producción de un mismo resultado”, descansarían en que dicha solución sería insensible al hecho de que, bajo estos escenarios, el resultado solo ha podido tener lugar en virtud de la reunión del comportamiento discreto de varios sujetos que, sin embargo, no son coautores¹⁵⁸³.

Planteado así el argumento, la primera pregunta al respecto debe rezar como sigue: para que proceda una imputación a título de autoría directa, ¿es necesario que el comportamiento del sujeto explique la *totalidad* del resultado? En este aspecto aparecen involucradas dos cuestiones cuyo análisis conviene separar: el plano de la explicación causal y el de la imputación a título de autoría de una acción principal. Para abordar ambos extremos, considérese el siguiente ejemplo paradigmático:

Colisión automovilística. Los conductores *A* y *B* protagonizan un accidente automovilístico del que resulta la muerte de *C*, pasajero del taxi conducido por *A*. La colisión se ha producido debido a que, por un lado, *A* ha omitido la señal de un semáforo en rojo, lo cual le ha impedido advertir la presencia de *B*, quien, por otro lado, por conducir a 90 km/h (en exceso de los 50 km/h reglamentarios), tampoco ha podido reaccionar a tiempo para evitar el accidente.

¹⁵⁸² Un amplio tratamiento de la jurisprudencia española sobre autoría paralela puede encontrarse en ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, pp. 444 y ss.

¹⁵⁸³ En ese sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, pp. 316, 319 y 327, quien inicialmente descartara la posibilidad de imputar autoría por un delito consumado cuando el comportamiento de los autores paralelos no explicase autónomamente la integridad del resultado causado, proponiendo *de lege ferenda*, en cambio, la tipificación de una tentativa de delito imprudente (*ibidem*, pp. 336 y ss.). Luego, SÁNCHEZ LÁZARO, «Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas», *EPC*, vol. XXX (2010), pp. 464 y 466, cambiaría de parecer, reconsiderando que del tenor literal del artículo 142.1 del CPE no se infiere que en tales casos la imputación del resultado deba efectuarse en su integridad, a lo cual añade la que denomina una razón consecuencialista para abandonar su posición inicial: la de dificultar el castigo de supuestos sobre los cuales existe un importante consenso en relación con su punibilidad. Recientemente, crítico ante la posibilidad de imputar un delito consumado cuando el comportamiento de los sujetos “solo contiene una porción del riesgo, insuficiente para la producción del resultado”, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, pp. 334 y s., aunque, en caso contrario, admite la posibilidad de graduar la imprudencia.

En el supuesto recién formulado, el hecho constituido por la muerte de *C* es explicable tanto por el comportamiento de *A* como por el de *B*. Esta clase de sucesos son frecuentes en el tráfico viario, cuando solo a partir de la reunión del comportamiento descuidado de dos (o más) participantes puede explicarse el resultado acaecido. Bajo la fórmula de la condición necesaria, los casos de causalidad cumulativa no son problemáticos si, desde luego, se satisfacen los presupuestos de la coautoría; en cambio, cuando ello no ocurre — como en la *Colisión automovilística*— surge la dificultad de que cada comportamiento no puede explicar por sí mismo el resultado producido. Sin embargo, si bien se mira, son realmente excepcionales los casos en que, efectivamente, el comportamiento de un solo sujeto puede condicionar la totalidad del acaecimiento de un evento¹⁵⁸⁴. Por el contrario, para que sea causal, basta con que su comportamiento sea necesario dentro de la “subclase de todos los hechos dados”¹⁵⁸⁵. En el ejemplo ofrecido, ambos comportamientos, el de *A* y el de *B*, son componentes necesarios de una condición compleja y mínimamente suficiente, conforme a leyes causales, para el acaecimiento de la muerte de *C*¹⁵⁸⁶.

Ante una previsible primera objeción, cabría advertir, desde ya, que no se trata aquí de que a un sujeto se impute el comportamiento imprudente de otro —con el riesgo de pasar en silencio así la estructura tradicionalmente asociada a la coautoría—, sino más bien de que cada agente, mediante *su propio comportamiento*, se inserta en un proceso de causación, en el que eventualmente se incluirá también el de otro sujeto, pero como un factor causal paralelo que no desplazará ni se adosará al suyo¹⁵⁸⁷. De hecho, por de pronto, desde un plano exclusivamente causal, tampoco es relevante que tales sujetos hayan actuado de manera contraria a cuidado. Para el ejemplo examinado, supóngase que *A* no

¹⁵⁸⁴ Esto también rige para las omisiones. Para ello basta reparar en que, como advierte RENZIKOWSKI, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 8ª ed., § 49/90, tampoco la imputación de un delito impropio de omisión a título de autoría supone que el no impedimento del resultado dependa enteramente de la acción de un garante. Renzikowski ilustra este extremo con el ejemplo del padre que debe trasladar rápidamente a su hijo a un hospital, tras sufrir un grave accidente; desde luego, que el niño sea salvado no depende únicamente de que el padre lo traslade, sino también (y fundamentalmente) de que un médico le atienda.

¹⁵⁸⁵ PUPPE, *Indret*, 4 (2008) p. 27.

¹⁵⁸⁶ Para la posibilidad de una autoría paralela entre agentes imprudentes en contextos de causalidad cumulativa, empleando la fórmula de la condición mínima suficiente, véase también GROSSE-WILDE, «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgsszurechnung», *ZIS*, 10 (2017), pp. 643 y s., quien, sin embargo, considera que, por otro lado, la afirmación de una coautoría imprudente —que él rechaza— dependería supuestamente de renunciar a la prueba de la causalidad de la lesión individual de un deber de cuidado (*ibidem*, p. 661). Contra lo anterior cabe recordar que causalidad y coautoría involucran categorías de distinto orden —la primera es descriptiva; la segunda, adscriptiva—, por lo que la posibilidad de aplicar la fórmula de la condición mínima suficiente no se encuentra en una relación de exclusión con el reconocimiento de una coautoría en el injusto imprudente.

¹⁵⁸⁷ En casos como el descrito, el comportamiento del “primer causante” no es imputable al “segundo causante” (y viceversa), sino que ambos se consideran como un factor causal más, del mismo modo en que lo haría un suceso de la naturaleza. En esta última dirección, véase PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/178. Cfr. WRIGHT, «The Logic and Fairness of Joint and Several Liability», *Memphis State University Law Review*, 23 (1992), p. 50, quien, en la discusión angloamericana (aunque centrado en el Derecho de daños), del mismo modo puntualiza que la responsabilidad conjunta y plural por un suceso no descansa en hacer responsable a un sujeto por las acciones dañosas de otro.

omite ningún semáforo en rojo y que *B* no excede los límites de velocidad, de manera que el accidente se provoca de manera fortuita; ante dicho escenario —en el que ya no podrían ser autores, pero por otras razones, distintas a la causalidad—, el comportamiento de cada conductor de todos modos formaría parte del campo causal relativo a la colisión entre dos coches, en tanto que evento espacio-temporalmente localizado que ha requerido la intervención de *A* y de *B*. Con ello, queda preparada una respuesta (al menos preliminar) de cara a una segunda objeción, que se presenta casi de manera irresistible en estos ámbitos, a saber: la de que no parecería *justo* endosar responsabilidad por todo el suceso a ambos sujetos, en circunstancias de que aparentemente solo serían “causantes de una porción de él”. Pues bien, para neutralizar la inquietud subyacente a dicha afirmación cabe insistir en que, en el caso considerado, tanto el comportamiento de *A* como el de *B* son componentes necesarios de una condición compleja suficiente para la producción de la muerte de *C*; si bien ninguno de tales comportamientos es, por sí solo, condición suficiente para que se produzca tal evento, la ausencia de cualquiera de estos hubiese sido condición suficiente para que *no* tuviese lugar. Objeciones como la antes enunciada tienden a surgir a raíz de un ejercicio comparativo entre las responsabilidades de los sujetos involucrados, lo que en la *Colisión automovilística* tendría que llevar a suponer que *A* y *B* no podrían ser total e igualmente responsables si no ha habido dos muertes; al tratarse de un solo resultado, la imputación de este a ambos sujetos parecería generar, por decirlo expresivamente, un “superávit de responsabilidad”. Pero realmente no se da un tal exceso. Han tenido lugar dos acciones causantes de la muerte de una (misma) persona, y no dos acciones que hubiesen causado la muerte parcial de un individuo. Este último razonamiento, sin embargo, es el que subyace a la pretensión de dividir la responsabilidad por “cuotas de causalidad”, en circunstancias de que un comportamiento no puede ser más ni menos causal para la producción de un resultado por el hecho de que concurren también otros sujetos: la causalidad no es una categoría graduable¹⁵⁸⁸. Enseguida habrá oportunidad de complementar este argumento utilizando herramientas de teoría de la acción. Aunque tanto intuitiva como materialmente asisten razones poderosas para considerar que, si el comportamiento de un sujeto no explica por sí mismo el acaecimiento

¹⁵⁸⁸ Fundamental, WRIGHT, *Memphis State University Law Review*, 23 (1992), pp. 55-57, quien insiste en que la injusticia que supondría la posibilidad de hacer responsable a dos o más sujetos por la producción de un mismo resultado descansa en lo que él describe como una confusión entre las responsabilidades individuales atribuibles a cada agente y los porcentajes de responsabilidad por ese mismo daño. Por ejemplo, si el resultado ha sido causado a raíz del comportamiento convergente de dos sujetos, como concluye Wright, ninguno de ellos es “50% imprudente o un 50% responsable”. El presunto “superávit de responsabilidad”, antes referido, se genera, pues, al compararse las responsabilidades individuales de los sujetos, como si la suma de ellas debiese corresponderse con el total del resultado causado; no obstante, esa forma de razonar es ajena al *telos* de una imputación jurídico-penal, en donde no se trata del *reparto* de cuotas de responsabilidad, sino de atribuir responsabilidad por el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Nótese, además, que semejante aversión a la posibilidad de una responsabilidad total por lesiones cuya causa se encuentra en el comportamiento de varios sujetos, y no solo en el del destinatario de la imputación, tendría que resultar enteramente trasladable a la coautoría.

de cierto resultado, la intervención paralela de otros sujetos debiese “reflejarse de algún modo” en la responsabilidad del primero, es crucial mantener diferenciadas las dos clases de preguntas implicadas: la de si a tales sujetos cabe responsabilidad a título de autor y la de cuál es —en su caso— la medida de esa responsabilidad. La forma más viable de hacer operativa aquella intuición no consiste en excluir desde un inicio la posibilidad de que se impute a un sujeto cierto resultado en cuya producción ha concurrido también el comportamiento de otro u otros, ni tampoco descansa en suponer que ello necesariamente tendría que traducirse en una (*lato sensu*) culpabilidad menor, sino más bien teniendo en cuenta que tal circunstancia podría afectar a nivel de injusto, o bien incidir en la determinación de la pena, pero como consecuencias esencialmente sensibles al caso concreto. A propósito de la llamada concurrencia de comportamientos imprudentes, en el siguiente apartado se volverá sobre este extremo.

Como fuese enunciado, un aspecto capital en este contexto de análisis consiste en la especificación precisa de qué es aquello que, tratándose de delitos de resultado puros consumados, cuenta como eventual objeto de una imputación jurídico-penal, a saber: no la (mera) producción o causación de un resultado, sino comportamientos que satisfacen la descripción de una clase de acción productiva o no impeditiva de algún tipo de resultado, descripción que está especificada en algún tipo de la Parte especial. Un comportamiento de esas características puede contar como acción principal, porque *este* autónomamente (esto es, sin necesidad de complementarse con otros comportamientos) es subsumible en el respectivo tipo delictivo¹⁵⁸⁹. Pero, como se anticipó, ello no implica que —y por esta misma razón— *también* el resultado en cuestión tenga que explicarse solo por referencia exclusiva y autosuficiente a una sola acción productiva, y, con ello, no esté necesitado de otras explicaciones. En breve: la primera y la segunda afirmación no son coextensivas. En un supuesto prototípico como el anterior, la *Colisión automovilística*, no podría aseverarse que *A* y *B* matan conjuntamente a *C*, pues no hay una descripción bajo la cual el comportamiento de los dos conductores represente una *acción* conjunta. Tampoco podría afirmarse verdaderamente que cada uno, por sí solo, ha causado la muerte de *C*, ya que solo conjuntamente han condicionado la producción de dicho resultado. A pesar de todo esto, sí podría decirse que cada uno, *A* y *B*, han ejecutado individualmente una acción productiva de la muerte de *C*, aunque la producción de la muerte de *C* no se deba exclusivamente a la acción individual de *A* o a la acción individual de *B*. Formulado de otro modo: lo crucial es que, aunque en un caso como el descrito no haya tal cosa como la acción conjunta de matar a *C*, ni tampoco sea preciso afirmar que

¹⁵⁸⁹ Para una diferenciación lógico-semántica entre acciones principales y auxiliares, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, pp. 71 y ss. Véase también *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3.1.

cada uno de los sujetos haya matado a *C*¹⁵⁹⁰, podría, sin embargo, aseverarse que la muerte de *C* ha sido producida por las acciones individuales de *A* y de *B*¹⁵⁹¹. Pues en tanto que productivas de la muerte de *C*, las acciones de *A* y *B*, desplegadas independientemente la una de la otra, por sí solas (ya que tales acciones no se ejecutan conjuntamente con otro) y por sí mismas (ya que no se ejecutan a través de otro) podrían subsumirse en el respectivo tipo de homicidio, aunque autónomamente no expliquen el resultado en liza.

El argumento recién esbozado puede suplementarse con arreglo a una equiparación estructural entre los casos de potenciales autorías paralelas y aquellos en los que la actuación a propio riesgo del titular del bien jurídico menoscabado no exhibe la suficiente entidad como para excluir la imputación al agente¹⁵⁹². En efecto, ambos grupos de casos presentan la particularidad de que el resultado no puede ser explicado de manera autosuficiente por el comportamiento del autor (sea porque converge con el de terceros, sea porque converge con el de la propia víctima), lo que, sin embargo, no siempre obstaría a la imputación de ese hecho a título de autoría. La razón por la cual, pese a dicha circunstancia, podría no decaer esta imputación reside en que el comportamiento de un tercero o de la propia víctima tendrían el efecto de *añadir* condiciones explicativas a la producción de ese resultado, que, bajo tales circunstancias, ya no podría reducirse al solo comportamiento del autor, pero, en cambio, no tendrían el efecto de *restar* a este de su relevancia explicativa, que al efecto seguiría siendo la misma.

Entre quienes consideran factible el reconocimiento de autorías paralelas en escenarios como el arriba descrito, probablemente el principal argumento esgrimido en su favor —a pesar de que no es en absoluto autosuficiente, pues presupone haber respondido las preguntas relativas a la causalidad y al carácter principal de la acción en cuestión— descansa en la previsibilidad del comportamiento ajeno contrario a cuidado¹⁵⁹³. Y, en efecto, ocurre que, especialmente tratándose de contextos en donde es generalmente previsible que el comportamiento de un sujeto podría converger con el de otros, ya en la

¹⁵⁹⁰ En este ejemplo, no porque sea falso sostener que las acciones de *A* y *B* sean productivas de la muerte de *C* (que sí lo son), sino porque aquella afirmación genera un “contexto intensional” del cual, sin precisión ulterior, podría inferirse que la acción de alguno de ellos, *además*, habría sido *la única* causante de dicho resultado, lo que, en este ejemplo, sí que sería falso. La coautoría corrige ese contexto intensional equívoco mediante la aplicación de una lectura unificadora del suceso; la identificación de sendas autorías paralelas permite hacerlo por la vía de habilitar un complemento del siguiente tenor: “*A* es autor, pero no el único”.

¹⁵⁹¹ Por el contrario, para una coautoría no bastaría con afirmar que la muerte fue producida por *A* y *B*, sino más bien que existe una acción conjunta consistente en matar a *C*, compuesta por los aportes de *A* y *B*.

¹⁵⁹² Para esta similitud estructural, véase también CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 353; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 7/83.

¹⁵⁹³ En este sentido, por ejemplo, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría*, pp. 368 y s.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/51 nota 12; LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *AFD* (1998-1999), pp. 84 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, en EL MISMO/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza*, pp. 168 y s.; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 23 (2019), pp. 386 y s.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, p. 593.

propia determinación de la medida de cuidado exigible a dicho sujeto, habría de considerarse el comportamiento riesgoso ajeno¹⁵⁹⁴. De ahí también que algunos consideren que ciertas medidas de cuidado en el tráfico viario —como los límites de velocidad, la prohibición de conducir bajo efectos del alcohol o de detenerse ante un semáforo en rojo— tendrían como finalidad la de asegurar las capacidades de evitación del conductor no solo para reaccionar ante descuidos propios, sino también de cara a eventuales comportamientos descuidados de terceros¹⁵⁹⁵.

Ahora bien, conviene introducir la siguiente prevención: el cuidado interno no está referido aquí a la anticipación de efectivos comportamientos imprudentes de terceros —ni se construye, por ende, sobre la base de una desconfianza en términos tales de que se presuma la actuación contraria a cuidado de estos—, sino más bien a advertir la posibilidad de que el propio comportamiento se inserte dentro de un contexto complejo en el que, así como el suyo, el comportamiento de otros participantes también podría ser contrario a cuidado. Pues, de nuevo, no se trata de hacer “propio” el potencial comportamiento riesgoso ajeno por vía de su anticipación, sino más bien de la posibilidad de que el agente en cuestión pueda prever el potencial *alcance de la propia conducta* por referencia a su eventual convergencia con la de otros, justamente en razón de que conoce, en sus dimensiones esenciales, los rasgos del específico contexto en que se desenvuelve. Esta última precisión, que tiene fundamentalmente en vista los principios de confianza y de autorresponsabilidad, a su vez persigue contrarrestar lo que, de otro modo, podría devenir en la suposición (poco plausible) de una suerte de “deber general” consistente en evitar que el comportamiento propio se relacione genéricamente con el de otros de forma tal que su convergencia pueda redundar en la lesión de bienes jurídicos de terceros¹⁵⁹⁶.

En todo caso, el carácter previsible de la inserción del comportamiento propio dentro de un contexto del que se deriva la producción de cierto resultado lesivo no permite dar por constituido el respectivo nexo de imputación¹⁵⁹⁷. Lo anterior rige especialmente tratándose del principio de confianza, que puede ser invocado también por aquel que a su vez se ha comportado de manera contraria a cuidado, si el suceso se explica únicamente por la falta de cuidado ajena; de lo contrario, se correría el riesgo de asumir una

¹⁵⁹⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 150, 155 y ss.; LA MISMA, *LH-Bajo Fernández*, pp. 79 y ss.

¹⁵⁹⁵ PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/236.

¹⁵⁹⁶ En un contexto más general, llama la atención sobre este punto MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 255.

¹⁵⁹⁷ Ciertamente, cuando se trata de la intervención posterior de otros agentes, el nexo de imputación no solo puede decaer por falta de previsibilidad, sino también por (otras) razones normativas, atinentes más bien al principio de autorresponsabilidad. Véase en este último sentido, SILVA SÁNCHEZ, en ESER/HUBER/CORNILS, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 215 y s.

fundamentación *versarista* de su responsabilidad¹⁵⁹⁸. En síntesis, y de acuerdo con los presupuestos generales de los que cuales depende la imputación a imprudencia, sigue siendo necesario que la adopción de las medidas de cuidado pertinentes hubiese asegurado en el potencial autor paralelo su respectiva capacidad de evitación.

1.2.2. Supuestos de causalidad alternativa en injustos imprudentes

Como habrá podido notarse a partir de las cuestiones tematizadas en el apartado anterior, la idea de autores paralelos a quienes pueda atribuirse el acaecimiento de un mismo evento resulta más discutida en ámbitos de causalidad cumulativa¹⁵⁹⁹. Por el contrario, en los de causalidad alternativa —como se deja advertir a partir de su tratamiento clásico en los delitos dolosos— no se observa una reluctancia tan intensa. Trasladado el problema al injusto imprudente, considérese el siguiente ejemplo:

Los cazadores temerarios. Al interior de un denso bosque, los cazadores *A* y *B*, sin mediar acuerdo alguno y de manera independiente el uno del otro, ejecutan cada uno un disparo con un arma de fuego contra un objeto que se mueve entre los matorrales, creyendo ambos erróneamente que se trata de un jabalí. En realidad, se trata del cazador *C*, circunstancia ignorada por *A* y *B*, cuyos disparos han provocado la muerte de aquel. Un informe pericial posterior indica que cada uno de los disparos habría sido suficiente para que la muerte de *C* tuviera lugar exactamente en el mismo instante en que se produjo.

En un caso como el presentado¹⁶⁰⁰, a partir de los comportamientos de *A* y *B*, *cada uno* componente necesario de una condición mínima suficiente (distinta) para la producción

¹⁵⁹⁸ Cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 24/24; PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/165. Quien se comporta de manera contraria a cuidado no pierde el derecho a invocar el principio de confianza; solo se trata de que ese sujeto no podrá pretender exonerarse de su propia falta de cuidado invocando la ajena.

¹⁵⁹⁹ A pesar de la posibilidad, antes defendida, de imputar hechos imprudentes consumados como autorías paralelas incluso en supuestos de causalidad cumulativa, tratándose de hechos dolosos, la solución (tradicional) consistente en imputar sendas tentativas de delito puede aquí suscribirse, en la medida en que ninguno de los autores paralelos en cuestión hubiese podido prever que su comportamiento convergería con el de otro, pues entonces su creencia predictiva (aunque fundante de dolo) pasa a ser falsa, en cuanto no es su comportamiento autónomamente el que realiza las circunstancias fácticas descritas en el respectivo tipo delictivo. Desde otra perspectiva, MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 195, descarta la autoría paralela (de un delito consumado de homicidio, y solo considera una imputación a título de tentativa) cuando el sujeto no puede contar con que también otro lesionaría su relación de reconocimiento hacia la víctima.

¹⁶⁰⁰ Es usual que se planteen aquí supuestos en los que el comportamiento contrario a cuidado de cada uno de los intervinientes habría bastado para producir el resultado. Por ejemplo, podría formularse, como variante del caso de la colisión antes presentado, que tanto el comportamiento descuidado de *A* como de *B*, por sí solos, habrían sido suficientes para producir la muerte de *C*, de manera que su impedimento habría requerido que ambos obrasen conforme a cuidado. Cfr. PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., Vor §§ 13ff/218 y s., quien aplica las reglas de la causalidad múltiple a constelaciones que ella denomina de “causalidad doble (o múltiple) de distintas infracciones al deber de cuidado” (*Doppel- oder Mehrfachkausalität verschiedener Sorgfaltspflichtverletzungen*). Pero, en realidad, aun introducida esa variante, en tales casos tampoco podría prescindirse del *comportamiento* del otro autor paralelo, pues, para que una colisión tenga lugar, se necesita al menos de dos sujetos. De ahí que el ejemplo aquí formulado como hipótesis de causalidad alternativa

de la muerte de *C*, puede explicarse alternativamente ese resultado, dado que se trata de una instancia de “sobredeterminación simétrica” (es decir, no es necesario suprimir, sino que basta con elegir cualquiera de ambas causas). Por tanto, desde un punto de vista causal, la constitución de los respectivos objetos de imputación, a partir de los comportamientos convergentes, pero paralelamente ejecutados por *A* y *B*, no tendría que ser excesivamente problemática.

En cambio, mayor controversia podría suscitar la configuración del nexo de imputación, si cada uno intentase escudarse en el hecho de que, de haberse comportado conforme a cuidado, el resultado igualmente habría tenido lugar a raíz del comportamiento descuidado de otro sujeto. En principio, ese argumento podría adquirir plausibilidad en el contexto de una actividad de caza, en el que —a diferencia del tráfico viario— no es tan previsible que el comportamiento propio converja con el de otro, de la forma en que ha tenido lugar dicha convergencia en *Los cazadores temerarios*. Pero, en cualquier caso, dicho argumento no podría prosperar, porque, precisamente al tratarse de un caso de causalidad alternativa, para que el resultado no hubiese tenido lugar habría sido necesario que ambos —esto significa, también él que invoca la defensa— se comportasen conforme a cuidado¹⁶⁰¹. En segundo lugar, en casos de este tipo se torna nuevamente relevante precisar el carácter normativo (no causal) del juicio que permite establecer el nexo de imputación entre la infracción de una exigencia de cuidado y la realización de un tipo delictivo, pues, como se ha insistido aquí, a través de esta operación no se determina si el suceso habría o no tenido lugar (formulación bajo la cual, además del comportamiento de terceros, tendrían que entrar en consideración factores como el azar y cursos alternativos), sino más bien si un comportamiento conforme a cuidado habría permitido que el agente resguardara sus capacidades de cara a poder evitar la realización del tipo en cuestión. Y esto último se deja responder afirmativamente también en constelaciones de esta clase. En fin, y como fuese registrado ya a propósito de la coautoría, ningún sujeto puede esgrimir en su defensa el comportamiento ajeno contrario a cuidado, no solo por la vigencia general del principio de confianza, sino porque dicha circunstancia no permite liberar a aquel de sus propios descuidos.

entre autores paralelos, aunque no tan probable en la práctica, permite dar cuenta del carácter individualmente suficiente que exhiben tales comportamientos en la respectiva explicación causal.

¹⁶⁰¹ También a propósito de casos de causalidad alternativa entre el comportamiento de dos o más agentes imprudentes, desde una perspectiva teórica distinta a la aquí desarrollada, MURMANN, *Nebentäterschaft*, pp. 237 y s., considera factible una autoría paralela, pues, a pesar del carácter inusual del curso causal, la relación que cada sujeto mantendría con la víctima —una falta de consideración por la libertad del otro— seguiría siendo independiente.

1.2.3. Concurrencia de autoría mediata y autoría directa por imprudencia

La identificación de sendas autorías paralelas podría tener lugar tratándose igualmente de casos en los que se configura la estructura propia de la autoría mediata, con la particularidad de que el “sujeto de delante” también podría ser responsable, aunque, desde luego, no por el mismo hecho que el “sujeto de atrás” —a lo que obsta el principio de responsabilidad—, sino por otro hecho normativamente distinto, por lo que no se trata de un caso de “autor detrás del autor”. Como fuese registrado en la *Primera parte* de esta investigación, que un sujeto sea competente, *qua* autor mediato, del déficit de responsabilidad que padece otro sujeto, *qua* instrumento, no excluye la posibilidad de una imputación extraordinaria a este último, a raíz de haberse dejado posicionar por el primero bajo dicho estado de incapacidad, o de haber dejado que este aprovechara un déficit previo, por la vía de mantenerse en tales condiciones y realizar bajo ellas las circunstancias fácticas de un tipo delictivo. Pues que ese hecho resulte imputable al “sujeto de atrás” como autor mediato, en efecto, no es en absoluto incompatible con la posibilidad de que el “sujeto de delante” hubiese estado en condiciones de evitar la realización del tipo, de haber aplicado la o las medidas de cuidado que a su respecto resultaban situacionalmente exigibles. Que se trata de preguntas perfectamente diferenciables y reconducibles a distintos planos normativos es algo que puede advertirse con mayor facilidad cuando hay divergencia en los títulos de imputación subjetiva aplicables (un “autor mediato doloso” y un “instrumento imprudente”). Pero estructuralmente nada obsta a que un sustrato fáctico común dé lugar a hechos imputables a imprudencia, tanto a título de autoría mediata como de autoría directa. Para esto último, sin embargo, será necesario que el hecho del “sujeto de delante” admita, desde un plano normativo, una “doble explicación”. Considérese el siguiente caso:

Caso del lanzagranadas. En una clase teórica sobre el uso de un lanzagranadas, *S*, sargento del ejército, enseña su utilización, sirviéndose para ello del simulador TR-90, sin municiones. Mientras *S* continua sus explicaciones, el teniente *T* saca el simulador de la funda y le carga un cartucho, pues él mismo, al final de la clase, haría una demostración. Esto último no es advertido por *S*, mientras que *T*, para no interrumpirlo, tampoco se lo menciona. Instantes después, *T* abandona la sala al ser llamado por el operador de radio. Durante su ausencia, *S* toma el arma para realizar una nueva explicación, sin percatarse que *C* y *D*, dos cabos que le ayudan mientras desarrolla la clase, se sitúan justo detrás del simulador. Tras efectuar *S* un disparo, *C* resulta alcanzado por la deflagración del cartucho (proyectada hacia atrás). *S* ha actuado bajo la creencia errónea de que el simulador estaba descargado, pero tampoco ha comprobado —como era debido— si alguien se encontraba o no detrás. A raíz del hecho, *C* sufre lesiones graves¹⁶⁰².

¹⁶⁰² STS de 23 de mayo de 1995 (Sala Quinta). Sobre este caso, véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., p. 347, quien considera que la responsabilidad del sargento quedaba suficientemente

Este último caso presenta la particularidad añadida de que el comportamiento del sujeto pasivo también ha sido relevante, pues —valga la obviedad— fue la presencia de *C* la que determinó la falsedad de la creencia de *S* respecto de que no había nadie detrás suyo. Sin embargo, incluso considerando esta circunstancia, *S* de todos modos obró de manera contraria a cuidado, pues, además de no verificar la presencia de alguien, tampoco —y esto es crucial para descartar aquí una improbable actuación a propio riesgo de *C*— comprobó, antes de disparar, si el arma continuaba o no descargada. Ahora bien, la actuación de *T*, por su parte, es igualmente determinante, pues la razón por la cual, bajo ese contexto, *S* no podría haberse representado que su comportamiento satisfaría las circunstancias fácticas del tipo de lesiones, como fue el caso, descansaba fundamentalmente en la creencia errónea de que el modelo de lanzagranadas se encontraba descargado. Es decir, aunque *S* se hubiese percatado de la presencia de *C*, y aun así hubiese decidido ejecutar el disparo, tampoco podría haber anticipado que su comportamiento sería típico. En definitiva, el déficit epistémico que conduce a *S* a realizar el tipo de lesiones es creado por *T*, no de manera dolosa, pero sí contraria a cuidado, al haberse precipitado en cargar el arma antes de lo necesario, no advertir *in actum* de ello a *S* y abandonar la sala sin comentárselo. Con ello, podría haberse fundamentado la autoría mediata de *T* en un delito de lesiones. Esto no habría obstado a la responsabilidad de *S* como autor directo. Pues de haber adoptado estas medidas que resultaban situacionalmente exigibles a su respecto, habría podido vencer el error de tipo en que lo situó *T*, y por esa vía haber estado en condiciones de evitar lesionar a *C*.

Desde un punto de vista estructural, tampoco existen obstáculos para la posibilidad de autorías paralelas entre un autor mediato y un autor directo en sendos delitos omisivos imputables a imprudencia.

fundada por el hecho de que la obligación de verificar si hay alguien detrás antes de disparar tiene sentido justamente en casos en los que se cree erróneamente descargado el artefacto. Un supuesto de hecho similar puede extraerse de la STS de 27 de septiembre de 1982 (Segunda Sala). Un sujeto —aquí, *A*— y seis jóvenes —aquí, *B* y *C*, entre ellos— se trasladaron a una casa de campo abandonada. Después de la cena, *A*, experto en armas, enseña a los jóvenes una escopeta en mal estado, apoyándola luego en una pared del inmueble, sin colocar el dispositivo de seguridad. En ese momento, *A* olvida que semanas atrás había cargado la escopeta, de modo que cuando *B* le pregunta si el arma está cargada, *A* despreocupadamente contesta que no. Acto seguido, y sin que *A* se percate, *B* toma la escopeta, apunta a *C* en la cabeza, diciéndole en son de broma “que te mato”, acciona el gatillo y, con ello, causa la muerte de *C*. Pues bien, es relevante notar que *A*, como garante de un objeto peligroso, tendría que haber adoptado las medidas de aseguramiento pertinentes; sin embargo, el no haberlo hecho, por sí mismo, no fundamentaba su responsabilidad a título de autor (de un delito impropio de omisión), pues hasta ese momento su comportamiento es exclusivamente auxiliar. Por el contrario, lo que en su caso podría haber permitido redescubrir el suceso (*también*) como un hecho propio por parte de *A* —*qua* autor mediato— descansa en el déficit de competencia que crea en *B*, quien confía en la veracidad de lo que *A* le informa. Desde luego, esta última circunstancia no libera a *B* del carácter fácilmente evitable del error de tipo bajo el cual realiza el tipo de homicidio. En el mismo sentido, también sobre este caso, véase DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia*, p. 180.

*Caso del gimnasio deportivo de invierno*¹⁶⁰³. Los funcionarios de la Administración pública encargados de la gestión de un gimnasio deportivo solicitan a un ingeniero la realización de un informe pericial sobre el estado del techo del recinto. El perito, de manera contraria a cuidado, realiza un examen superficial, por lo que no advierte aberturas en el techo y otros daños, calificando, en cambio, su estado general como “bueno”. El gimnasio sigue funcionando con normalidad. Una tarde, sin embargo, el techo se derrumba a causa del peso de la nieve acumulada, sepultando a los visitantes, de los cuales resultaron quince fallecidos y seis gravemente heridos.

En el caso recién descrito existe una conexión funcional entre la omisión de parte de los funcionarios de la Administración de ordenar la ejecución de las reparaciones pertinentes en el gimnasio y, especialmente, de cerrarlo mientras el techo del recinto no se encontrase en condiciones seguras para los visitantes, por un lado, y el resultado del informe realizado por el ingeniero, por otro. Ahora bien, pese a lo anterior, no cabría imputar al ingeniero las muertes y lesiones de los visitantes a título de autoría directa, pues, como se señaló, su comportamiento contrario a cuidado reviste un carácter auxiliar respecto de la no ejecución de aquella acción que habría podido impedir inmediatamente dicho resultado, a saber: la acción consistente en cerrar el gimnasio mientras este no se encontrase en condiciones seguras para los asistentes. Puesto que esa acción (impeditiva) solo podrían haberla ejecutado los funcionarios de la Administración, pero dado, también, que la razón por la cual estos no habrían tomado dicha decisión descansa en el informe emitido por el ingeniero, respecto de este último, podría venir en consideración una imputación, a título de autoría mediata, de sendos delitos omisivos. Nótese, de nuevo, que no podría imputarse al ingeniero tales hechos como delitos comisivos, pues la emisión de su informe es una acción de carácter auxiliar respecto de la no ejecución de la acción impeditiva de aquellos¹⁶⁰⁴. Ahora bien, la aplicación de la autoría mediata en delitos de omisión impropios también requiere que el autor mediato sea garante; esa condición se cumple en este caso, aunque no porque el ingeniero, en virtud de la gestión que le fue encomendada, hubiese pasado a desempeñar una función de protección respecto de los visitantes del gimnasio, sino porque, al emitir un informe erróneo acerca del estado de su techo, vía injerencia, se puso en la necesidad de revertir la representación errónea que posibilitó que los funcionarios no ejecutasen la acción debida¹⁶⁰⁵. A su vez, esta última circunstancia, en sí misma, no necesariamente tendría que redundar en un error de tipo *invencible* para los funcionarios encargados del gimnasio, si se considera, por ejemplo, el

¹⁶⁰³ Sentencia del BGH de 12 de enero de 2010 – 1 StR 272/09.

¹⁶⁰⁴ De afirmarse la responsabilidad del ingeniero por sendos delitos comisivos de homicidio y de lesiones, consecuentemente, tendría que haberse considerado iniciada una tentativa ya con la emisión del informe.

¹⁶⁰⁵ Dado que el hacer precedente está constituido por la emisión de un informe erróneo, mientras que el comportamiento contrario a su deber de garante (por injerencia) consiste en no revertir (posteriormente) ese error, no se infringiría el principio *ne bis in idem*. Cfr. MAÑALICH, *RDUCN*, 21 (2014), pp. 254 y ss., nota 105, a propósito del análisis de un supuesto de garante como autor mediato en un delito omisivo.

carácter superficial del informe evacuado por el primer ingeniero, la posibilidad de haber solicitado informes adicionales, así como el tiempo transcurrido desde la emisión (año 2003) del informe erróneo hasta el día en que acontece la tragedia (2 de enero de 2006), de lo cual se sigue que el destino del pabellón no tendría que haberse hecho depender del resultado de un solo informe¹⁶⁰⁶. Hasta aquí, pues, cabría considerar una posible instancia de autorías paralelas. Con todo, en el caso original hay dos factores que podrían haber desvirtuado esa apreciación en favor del ingeniero. Por un lado, la incertidumbre, fundada en episodios previos, acerca de si los funcionarios de la Administración habrían ordenado el cierre del gimnasio en caso de que el peritaje hubiese sido correcto¹⁶⁰⁷. El otro factor es que la acumulación de ingentes cantidades de nieve, precedida de días con fuertes ventiscas, podrían haber hecho necesario que el gimnasio no se abriera durante esa jornada, con independencia de las deficiencias contenidas en el informe emitido por el ingeniero casi tres años antes.

Como puede apreciarse especialmente en este grupo de casos, el reconocimiento de una instancia de autorías paralelas entre agentes imprudentes no tiene como objeto erigir una nueva categoría de autoría, pero sí es útil para explicar cómo se configuran los respectivos nexos de imputación, a pesar de que entre ellos —huelga insistir— no se establezca una relación de intervención delictiva. Pues la responsabilidad del autor mediano no puede explicarse sin una referencia al comportamiento de quien realiza el tipo bajo el déficit de competencia que imprudentemente aquel ha creado; a su vez, quien responde como autor directo, bajo tales circunstancias, padece un error de tipo que, al margen de su carácter vencible, tiene su origen en el comportamiento contrario a cuidado de otro sujeto.

1.2.4. Convergencia de agentes actuantes y omitentes imprudentes

Otra constelación de autorías paralelas en injustos imprudentes podría generarse a raíz de la convergencia de realizaciones típicas comisivas y omisivas a cargo de uno o más agentes actuantes u omitentes, respectivamente. En el contexto que aquí interesa, ello podría ocurrir si, a quien o a quienes quebrantan una norma de prohibición, como a quien o a quienes quebrantan una norma de requerimiento, resultasen imputables tales hechos

¹⁶⁰⁶ Así, STÜBINGER, «Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten», *ZIS*, 7 (2011), p. 615, quien, sin embargo, justamente por esta razón —entre otras en cuyo examen no puede descenderse aquí— concluye que tendría que haberse excluido la responsabilidad del perito. Pero es dudoso que la vencibilidad del error que sufre un sujeto (en ese caso, los funcionarios de la Administración) tenga la virtualidad de revertir el carácter contrario a cuidado del comportamiento por medio del cual otro ha creado dicho error (en ese caso, el perito que emitió el informe).

¹⁶⁰⁷ De hecho, esa circunstancia, que comprometía directamente el nexo de imputación entre la falta de cuidado del ingeniero con la omisión en que incurrirían los funcionarios de la Administración, condujo a que el primero fuese inicialmente absuelto por el LG Traunstein (decisión luego revertida por el BGH).

a título de imprudencia¹⁶⁰⁸. En efecto, en términos generales, la imputación de un hecho comisivo a uno o más sujetos, a título de autoría (o coautoría), basada en la ejecución de una acción productiva de un resultado de cierta clase, no tendría que decaer por que, correlativamente, a uno o más sujetos resulte imputable un hecho omisivo, también a título de autoría (o coautoría), en virtud de la falta de ejecución de una acción impeditiva de ese mismo resultado (y viceversa). La opción en favor de sendas autorías paralelas se encuentra disponible especialmente en aquellos casos en los que la realización típica comisiva y la realización típica omisiva tienen lugar a través de comportamientos no coordinados y enteramente independientes entre sí¹⁶⁰⁹.

Imagínese, por ejemplo, que el conductor *C*, excediendo la velocidad permitida, no logra advertir la presencia de *N*, un niño de 5 años que cruza solo en un paso peatonal, atropellándolo y causando su muerte, todo lo cual ocurre a pesar de que *P*, padre de *N*, se encuentra a escasos metros de distancia, pero momentáneamente distraído mientras conversa con un conocido.

Nuevamente, se trata de un caso de causalidad cumulativa, pues el acaecimiento de la muerte de *N* se explica a partir de una condición compleja que necesita incluir tanto el comportamiento activo de *C*, como el comportamiento omisivo de *P*, ninguno de los cuales resulta superfluo, sino que, al contrario, son partes necesarias para la constitución de una condición mínimamente suficiente. Ahora bien, *C* no podrá esgrimir exitosamente en su favor el comportamiento contrario a cuidado de *P* —si este hubiese adoptado las exigencias de cuidado que le hubiesen permitido cumplir con su deber de garante, *N* no habría cruzado la calle—, pues la razón por la cual *C* se encuentra privado de sus capacidades de evitación no descansan en el comportamiento de *P*, sino en que, por conducir a exceso de velocidad, él mismo se ha situado en condiciones bajo las cuales no

¹⁶⁰⁸ Sin perjuicio de que también es cuando menos factible la posibilidad de autorías paralelas entre omitentes garantes como (co)autores de un delito impropio de omisión imprudente y uno o más autores de un delito comisivo doloso. Así, si dos o más sujetos habilitan un establecimiento (una discoteca o una sala de eventos, por ejemplo) sin cumplir las mínimas y elementales medidas relativas a la prevención de incendios, a las que se encuentran obligados en su condición de co-garantes, podrían llegar a responder a título de coautores por los respectivos delitos impropios de omisión, aun cuando sea un tercero quien, por ejemplo, provoque intencionalmente un incendio en el que fallecen algunos asistentes al espectáculo, y que no habría alcanzado tales consecuencias, si los primeros hubiesen cumplido la normativa de seguridad respectiva. Pues, a pesar de que, mediante ese incumplimiento, los titulares del establecimiento no realizan directamente una acción productiva de tales resultados, ni tampoco una acción directamente auxiliar para con la acción principal del tercero, sí habrían introducido una condición negativa para su producción, al dificultar o impedir un curso causal posterior. Detalladamente sobre estas constelaciones, HERNÁNDEZ BASUALTO, «Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (acesoria)», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 613 y ss. A propósito del llamado *Caso Alcalá 20* (STS de 17 de junio de 1995), véase también PEÑARANDA RAMOS, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, pp. 124 y s.

¹⁶⁰⁹ Así también ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 72.

puede evitar atropellar a N ¹⁶¹⁰. En contrapartida, tampoco P podría asilarse en el hecho de que la conducción en exceso de velocidad por parte de C le habría impedido, de cualquier modo, efectuar eficazmente una acción de salvamento de N —esto es, invocando el principio *ultra posse nemo obligatur*—, o lo habría tornado inexigible, pues la imputación a P de esta realización típica omisiva encontraría su fundamento en el hecho de que este último ha desatendido previamente el cuidado de N , cuyo comportamiento activo, por cierto, también forma parte de la explicación causal del hecho consistente en su propio atropello, y que podría haber sido evitado por P , de no haber estado distraído.

También son concebibles ciertos escenarios en los que, por tratarse de hechos que tienen lugar en un contexto de división del trabajo, *prima facie*, se darían las condiciones para una coautoría entre dos o más agentes actuantes u omitentes imprudentes. Considérese el siguiente supuesto:

El anestesista que abandona el quirófano. Durante el curso de una operación practicada al paciente P , el anestesista A se ausenta del quirófano para atender otra operación en una planta diferente del mismo hospital, con conocimiento del cirujano C . En ausencia de A , P comienza a sufrir falta de aireación que le produce hipoxia. La deficiencia respiratoria de P es advertida tardíamente por C , quien solicita la presencia de A para que intervenga. Cuando este lo hace resultan ya inútiles los intentos de reanimar a P , quien fallece. Por su lado, D , el director del hospital, dada la cantidad de intervenciones quirúrgicas y la insuficiencia de especialistas con que dispone, conoce y consiente tácitamente la práctica de los anestesistas consistente en acudir a dos o más operaciones simultáneamente¹⁶¹¹.

Pues bien, como se anticipó, que ciertos hechos tengan lugar en contextos de división del trabajo, a primera vista, podría conducir a suponer que se configura una relación de coautoría entre cada uno de los intervinientes cuyo comportamiento ha sido contrario a cuidado¹⁶¹². Sin embargo, en contra de esta solución hablarían cuando menos dos factores. En primer lugar, la vigencia de un concepto diferenciado de interviniente — también en el ámbito del injusto imprudente— lleva asociada la consecuencia de que no todo aquel que infringe una exigencia de cuidado es, por esta sola razón, (co)autor. En el ejemplo considerado, el comportamiento contrario a cuidado de D , consistente en tolerar semejante práctica entre los anestesistas del hospital que dirige, y, en general, el no

¹⁶¹⁰ En general, un agente actuante no puede asilarse en la omisión del garante consistente en no conjurar el peligro que él mismo ha creado. Como ilustra GROSSE-WILDE, *ZIS*, 10 (2017), p. 656: el incendiario no puede eludir su responsabilidad por el hecho de que el bombero no haya extinguido el incendio.

¹⁶¹¹ Supuesto de hecho recogido de la STS de 4 de septiembre de 1991.

¹⁶¹² Así, *v. gr.*, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación*, p. 574. Véase también GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* (1994), pp. 23 y s., quien, en este mismo caso, no afirma la coautoría, pero sí la autoría directa de un delito de homicidio en comisión por omisión imprudente, tanto del anestesista, como del cirujano y del director del hospital. En este último sentido recayó precisamente la decisión condenatoria del TS.

proporcionar los medios materiales para que dicha práctica no se hubiese impuesto o mantenido entre los facultativos, solo parece representar un comportamiento omisivo de cooperación con respecto al hecho principal de aquel que, en cambio, sí se encontraba directamente en posición tal de impedir, en este caso, la muerte de *P*, a saber: *A*. En segundo lugar, la posibilidad de una coautoría entre *A* y *C*, por otro lado, depende de que, en efecto, a ambos pueda imputarse la realización de *un mismo hecho*, siendo este el aspecto que revela mayor interés en este contexto. Tratándose de *A*, la muerte de *P* es imputable como un homicidio por omisión impropio, ya que su ausencia del quirófano no constituye una acción productiva de la muerte de *P*, sino un comportamiento que le ha imposibilitado estar en condiciones actuales de impedir su producción, al no poder vigilar a *P* en el momento en que este sufre la crisis respiratoria¹⁶¹³. Por su lado, *C* no realiza el mismo tipo de delito que *A*. El hecho de que *C* advierta que *A* abandona el quirófano no constituye una acción de favorecimiento de parte del primero; tampoco le obliga a asumir las funciones de *A*, ni lo convierte en garante por injerencia de las consecuencias lesivas que puedan seguirse a raíz de su ausencia, dado que, al fin y al cabo, entre cirujano y anestesista existe una división horizontal de trabajo. Más bien, la responsabilidad de *C*, como autor de un hecho comisivo, podría fundamentarse, en no haber detectado oportunamente la crisis respiratoria de *P* al estar desconectado el monitor —argumento sostenido por el TS—, y, en cualquier caso, por su propia acción, consistente en continuar una operación a pesar de la ausencia de *A*, cuya presencia sin embargo era imprescindible, justamente como lo comprueba ese desenlace fatal¹⁶¹⁴.

Ahora bien, son concebibles algunos supuestos en los que la presencia explícita de una convergencia cognitiva e intencional entre agentes actuantes y omitentes podría presentar a la coautoría como una opción aun más factible. Por ejemplo, imagínese que, en el *Caso de la viga*, los operarios *A* y *B* arrojan una viga por la ventana de una segunda planta, en conocimiento de *C*, constructor a cargo de la obra, sin que ninguno compruebe si alguien se encuentra en la planta baja, resultando aplastado por la viga el trabajador *D*. La razón

¹⁶¹³ Esto implica razonar sobre la base de que *A*, en efecto, habría podido y tenido que permanecer en la sala de operaciones. Asimismo, supone asumir que *A*, como otros anestesistas que realizaban esa práctica, tendrían que haber informado de dichas circunstancias anómalas, bajo las cuales se exponían a posibles instancias de *actio* u *omissio libera in causa*. En cambio, si en un caso como el descrito o en otro análogo, a *A* se le hubiese ordenado abandonar el lugar, sin tener más opción que cumplir, entonces podría haberse generado a su respecto un déficit de imputación que habría permitido redirigir la imputación del hecho al responsable de dicho déficit. Y acaso lo mismo cabría afirmar para el supuesto en que *A* hubiese informado de la ausencia de medios o de las respectivas condiciones deficitarias. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Cuadernos de derecho judicial*, 2 (1997), p. 20, ha planteado la tesis de que, cuando el delegado carece de los medios para cumplir apropiadamente su función, podría generarse responsabilidad exclusivamente para el delegante, dado que este último retendría la competencia para la dotación de tales medios.

¹⁶¹⁴ Cfr. JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible*, p. 139, quien, comentando un caso similar, en el que también se presenta una complicación en una intervención quirúrgica durante la ausencia del anestesista, considera posible una “coautoría imprudente” entre el cirujano y el anestesista, siendo el primero responsable por conducta activa peligrosa consistente en operar sin la presencia del anestesista, y el segundo, en cambio, responsable en comisión por omisión.

por la cual, según algunos, no sería problemático reconocer una hipótesis de coautoría entre sujetos actuantes y omitentes descansa en que para ella solo bastaría con que el comportamiento —sea activo o pasivo— de tales sujetos converja en la producción de un determinado resultado¹⁶¹⁵. En contra de esta tesis, sin embargo, cabría objetar que la coautoría es una estructura de imputación cuyo objeto reside en la realización conjunta de un mismo hecho. Aunque el comportamiento activo y omisivo de dos o más sujetos quede captado por compromisos cognitivos y prácticos consistentes entre sí, debe descartarse una relación de coautoría entre ellos, pues, de todos modos, se trataría de realizaciones típicas diversas. Pero esto último no obsta a que en estos casos pueda venir en consideración una instancia de autorías paralelas entre agentes actuantes y omitentes por imprudencia. En efecto, en la variante del *Caso de la viga* introducida más arriba, puede imputarse a *C* un delito impropio de homicidio por omisión, dado que omite desplegar una acción impeditiva del comportamiento riesgoso de *A* y *B*, quienes se encuentran bajo su supervisión¹⁶¹⁶, a la vez que omite adoptar medidas que permitan salvaguardar la integridad de *D*, otro de sus subordinados¹⁶¹⁷.

A la solución delineada en estos casos subyace una pareja de compromisos teóricos, íntimamente relacionados, que conviene precisar. Por un lado, y según se ha insistido, para que se configure un objeto unitario de imputación no basta con la constatación de un mismo sustrato fáctico —que perfectamente podría estar constituido por un evento complejo al que han dado lugar tanto acciones como omisiones—, sino que es necesario que se presenten como infracción de una misma norma de comportamiento, que es

¹⁶¹⁵ Admite esta forma de coautoría en el delito imprudente HÄRING, *Die Mittäterschaft*, p. 345 y ss. Refiriéndose a esta combinación, sin diferenciar si se trata de hechos dolosos o imprudentes, por ejemplo, SCHÜNEMANN/GRECO, *LK-StGB*, 13ª ed., § 25/187 y 209, proponiéndola también como alternativa en el Derecho penal económico, en atención a la falta de aplicación en ese ámbito de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. De manera más restrictiva, acoge también esta posibilidad JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 29/102.

¹⁶¹⁶ En cambio, si *C* hubiese ordenado a *A* y *B* arrojar esa viga, podría venir en consideración una estructura de “coautoría vertical” respecto de un hecho comisivo imprudente, para el caso de que se considere que la orden y el acto que le da cumplimiento pueden quedar sometidos a una interpretación unificadora que haga de ambas una sola acción. En cambio, de contemplarse una imputación a título de inducción, según las particularidades de cada caso, también factible, se daría la particularidad de que un mismo comportamiento constituiría una acción auxiliar activa de cara a la acción principal realizada por otros y, a la vez, una acción principal omisiva, que finalmente desplaza a la primera, por lo que seguiría dándose una instancia de autorías paralelas. Esto último se corresponde con lo que SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, (1995), p. 213, denomina una prohibición de “minusvaloración del aporte” del garante omitente.

¹⁶¹⁷ En este mismo sentido CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 160, quien sostiene que cabría hablar de autoría accesoria, por ejemplo, en el caso del operario que carga mal una carretilla y del vigilante que, advirtiéndolo, nada dice: el primero “crea un riesgo activamente”, a quien cabría imputar un tipo comisivo imprudente, mientras el segundo infringe una “norma de cuidado, como consecuencia de la posición de garante en que se encuentra”, por lo que sería autor de un tipo omisivo imprudente. También ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., pp. 524 y s., en principio, descarta una coautoría en semejantes casos —aunque acepta la combinación para el caso de delitos de infracción de deber—, pues esta necesita criterios unitarios de imputación para todos los intervinientes. La resistencia general de Roxin a una coautoría en tales casos se sigue del empleo de distintos conceptos de autoría para los delitos comisivos y omisivos.

justamente aquello que en términos jurídico-penales cuenta como *hecho* imputable. En segundo lugar, cabe insistir en algo que no es en absoluto obvio, especialmente a la luz de la discusión actual, a saber: la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento constituye un delito comisivo es diversa de la de un delito omisivo. La de los primeros prohíbe la ejecución de una clase de acción, mientras que la de los segundos requiere la ejecución de cierta clase de acción. Si un objeto de imputación jurídico-penal estuviese constituido por meros estados de cosas, sería factible incluir en ellos, de manera indiferenciada, tanto la ejecución como la no ejecución de cierta clase de acciones. Por el contrario, se ha insistido aquí que dicho de objeto de imputación se construye por referencia a la descripción de acciones (es decir, “tipos de acción”), por lo que no es posible configurarlo sobre la base de clases de acciones recíprocamente excluyentes. Para lo anterior, basta con advertir que a un mismo sujeto no podría generársele, simultáneamente, la oportunidad de ejecutar una acción que produzca e impida a la vez la producción de un mismo resultado¹⁶¹⁸. Por lo demás, particularmente los delitos impropios de omisión permiten apreciar que el comportamiento del garante omitente, por así decirlo, es antinormativo de una manera distinta al que realiza la acción productiva de ese mismo resultado, pues la falta de impedimento de la producción de este por parte del garante es antinormativa, para él, porque —y solo porque— se encuentra especialmente obligado a ello¹⁶¹⁹. Esto último obsta a que de la norma que prohíbe la producción de cierto resultado pueda inferirse otra que requiera su impedimento. Por supuesto, un defensor de la tesis contraria podría invocar el carácter interdefinible de las “prohibiciones” y “mandatos” —una prohibición puede ser reformulada como el mandato de no hacer lo prohibido; un mandato podría ser reformulado como la prohibición de no hacer lo mandado—, pero del recurso a semejante operación, que lógicamente no cabría cuestionar, no se sigue que tales prohibiciones y mandatos sean una sola entidad deóntica, pues la clase de acciones abarcadas por el objeto de cada cual —aunque recíprocamente susceptible de reformular por medio de sus respectivos operadores deónticos— continuarían siendo distintas¹⁶²⁰.

1.2.5. Pluralidad de intervinientes y actuaciones sucesivas contrarias a cuidado

También requiere diferenciarse de la coautoría ciertos supuestos en los que, a pesar de intervenir una pluralidad de sujetos en el contexto del desarrollo de una (en sentido muy amplio) división de labores, y, por ende, de modo necesariamente coordinado —en ciertos

¹⁶¹⁸ Cfr. CONTESSE, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas penales*, p. 21. Un sujeto que tiene la oportunidad de producir la modificación de cierto estado de cosas no puede tener, por esa misma vía, la oportunidad de impedir que ocurra ese evento, salvo que se abstenga de hacer lo primero; y viceversa. Sobre el carácter recíprocamente excluyente de los conceptos de acción y omisión, véase también BIRNBACHER, *Tun und Unterlassen*, p. 31. Ciertamente, lo anterior no significa que la determinación del carácter activo u omisivo de un concreto comportamiento sea una operación exenta de dificultades, sino más bien que, una vez decidido esto, bajo la misma descripción, un comportamiento no podrá exhibir ambas propiedades a la vez.

¹⁶¹⁹ Sobre esta distinción en el ámbito de la antijuridicidad, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 165.

¹⁶²⁰ Para esto, en detalle, CONTESSE, en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas penales*, pp. 19 y ss.

casos, incluso, bajo cierta organización jerárquica—, no se configuran los presupuestos necesarios para que opere aquella estructura de imputación. Se trata, en efecto, de casos en los que, pudiendo incluso existir una convergencia cognitiva e intencional entre los sujetos bajo cuya dirección se ejecutan ciertas funciones en el marco de una actividad global, la índole “separadora” o “restringida” de tal división del trabajo —por oposición a otra de carácter “vinculante”, en terminología de Jakobs—¹⁶²¹, en la que rige con especial vigor el principio de confianza, determina que cada sujeto de esa amplia red colaborativa responda exclusivamente en virtud del déficit que tiene lugar en su esfera de competencia, aun cuando el suceso pueda aparecer externamente como un “fallo colectivo”.

Las tragedias ocurridas en eventos de masiva concurrencia son paladina manifestación de tales escenarios complejos, pudiendo converger una multiplicidad de comportamientos contrarios a cuidado, de muy diverso signo entre sí, y hallándose involucrados tanto agentes actuantes como omitentes. Además, generalmente se trata de intervenciones sucesivas. Así, en primer lugar, concurrirán sujetos que actúan durante la fase de preparación y organización del evento, donde también cabría incluir a quienes despliegan tareas de control logístico y, en otros casos, directamente de fiscalización y autorización —generalmente a cargo de funcionarios de la Administración—, y, luego, por otra parte, durante el desarrollo del evento, cabría a su vez distinguir entre quienes ejercen funciones de coordinación propiamente tal y quienes despliegan labores de seguridad. Pues bien, a modo de ejemplo, considérense sumariamente aquí dos casos de esta índole.

*Caso Madrid Arena*¹⁶²². En la madrugada del 1 de noviembre de 2012, en el Pabellón Madrid Arena, durante la celebración de un mega evento musical, cinco personas mueren y veintinueve resultan lesionadas, a raíz del aplastamiento ocurrido en el “vomitorio” central del recinto que albergó el evento, cuando muchos asistentes intentaron salir debido a la sensación de agobio. Entre los principales comportamientos imprudentes se detectó: un exceso de aforo superior del permitido; el cierre de una de las salidas de emergencia, como de cinco de los ocho “vomitorios” —previstos como vías de evacuación— por los que el público podría salir de la pista hacia el anillo que la circundaba; la insuficiencia de las medidas de seguridad inicialmente previstas; la tolerancia policial ante el “botellón” realizado fuera del recinto; y una intervención deficitaria del servicio médico. Dos de las

¹⁶²¹ Sobre esta distinción, JAKOBS, *CPC* (2005), pp. 71 y ss.; EL MISMO, *FS-Yamanaka*, p. 105. Ahora bien, a pesar de tomarse prestada esta taxonomía, la teoría de la intervención desarrollada por Jakobs, en estos casos, podría conducir a una conclusión opuesta a la aquí sostenida. Pues Jakobs caracteriza como división “separadora” del trabajo a prestaciones de carácter puntual, fijo o pasajeras, que fundamentarían una prohibición de regreso, situando la división “vinculante” del trabajo, en cambio, en un obrar conjunto que no necesita estar intencionalmente dispuesto de esa manera, ni siquiera del conocimiento recíproco de los aportes por parte de los intervinientes, siempre que se trate de una obra mancomunada con significación delictiva. Con más detalles, VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 288 y ss., 300 y ss.

¹⁶²² STS de 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6237).

personas más gravemente heridas fueron trasladadas a diferentes hospitales, falleciendo, sin embargo, días después; en cambio, tres fueron trasladadas a la enfermería del recinto, muriendo una de ellas, sin que pudiera acreditarse que llegara allí con vida, mientras que las otras dos personas heridas fueron atendidas por médicos que, creyendo erróneamente que ya habían fallecido, no practicaron las técnicas de reanimación requeridas.

Sobre la responsabilidad penal de los médicos, relacionada con dos de las muertes ocurridas en la tragedia, el aspecto más conflictivo no es el de una presunta coautoría junto con aquellos cuyas actuaciones deficitarias previas condicionaron una peligrosa aglomeración en el recinto, sino el nexo de imputación a propósito de un comportamiento alternativo conforme a cuidado, asunto sobre el cual puede remitirse a consideraciones previas¹⁶²³. Como se anticipó, la pregunta ahora más bien concierne a si el reconocimiento de una relación horizontal entre los titulares de las distintas empresas involucradas en la organización y desarrollo del evento podría dar lugar a una estructura de coautoría. Con arreglo al modelo de análisis antes propuesto, esta alternativa debe ser descartada. Pues para que se dé una instancia de coautoría, según fuese señalado, no solamente es necesario que dos o más sujetos realicen conjuntamente un hecho —en este caso, los tipos de homicidio y lesiones—, sino también que, de cara a una potencial imputación por imprudencia, la razón por la cual no han podido advertir que conjuntamente realizarían las circunstancias fácticas del tipo en cuestión se deje reconducir a la falta de adopción de una (o varias) medidas de cuidado que hubiesen asegurado su capacidad de evitación conjunta. Ocurre, sin embargo, que, en el caso considerado, los titulares de cada una de las empresas involucradas han dejado de adoptar medidas de cuidado cuya aplicación les habría permitido estar en condiciones de, ellos mismos, asegurar su propio “espacio de acción” y, por ende, su propia esfera de responsabilidad. En efecto, solo los organizadores del evento están en condiciones de evitar vender una cantidad de entradas muy por encima del aforo permitido, lo que, desde ya, hacía perfectamente previsible para ellos un desenlace como el ocurrido¹⁶²⁴. Por su lado, concedores de aquella circunstancia, solo los encargados de la coordinación de seguridad en la antesala del evento están en posición de adoptar medidas preventivas acordes al efecto, entre las cuales justamente no se encontraba la orden de mantener cerradas algunas de las vías de evacuación (que, con independencia de un exceso de aforo, representaba en sí misma una superación del riesgo permitido). Dado que las medidas de cuidado recién mencionadas tienen un contenido distinto, el nexo de imputación entre el comportamiento contrario a cuidado de los responsables de las respectivas empresas y los resultados acaecidos también se deja establecer de manera distinta en cada caso. De este modo, lo anterior refleja la división

¹⁶²³ Cfr. *supra* Cap. Séptimo, adpo. IV.2.5.1.

¹⁶²⁴ Por cierto, entre los titulares de la empresa gestora del evento sí que era factible el reconocimiento de una coautoría.

de “un trabajo” que solo externa y aparentemente es uno; más bien, generalmente se trata de la ejecución de “trabajos distintos” correlacionados. Que el desarrollo (exitoso o deficitario) de un mega evento musical, por ejemplo, sea el resultado de un conjunto de acciones, no designa necesariamente que ellas constituyan una acción conjunta.

Otro trágico suceso que permite ilustrar estos supuestos es el *caso Loveparade*.

El 24 de julio de 2010, en un festival de música de acceso libre y de amplia difusión previa, el llamado *Loveparade*, realizado en un descampado en la ciudad alemana de Duisburgo, veintiún personas murieron y más de quinientas resultaron heridas, a causa del aplastamiento y sofocación provocados por una aglomeración multitudinaria, debida a la obstrucción de la única vía de entrada y salida del lugar. Así, en la planificación y desarrollo del evento, confluyeron conductas imprudentes de parte de los organizadores del evento, que acabó albergando unas doscientas cincuenta mil personas —casi el doble del aforo permitido—, con las de funcionarios de la Administración que autorizaron su realización, y la del jefe de operaciones de la policía, por no ordenar la adopción de medidas de seguridad suficientes dada la envergadura del evento¹⁶²⁵.

Como es posible apreciar, de manera similar al *Caso Madrid Arena*, también aquí era absolutamente imprescindible que las medidas fuesen adoptadas en una fase previa, esto es, en la planificación del evento, pues, bajo tales condiciones, una vez que este se encuentra en desarrollo, deviene prácticamente en cuestión de tiempo que el lugar se convierta en una auténtica “trampa mortal”. Para ello, era necesario que los tres grupos de sujetos involucrados —organizadores del evento; funcionarios de la Administración; y funcionarios policiales— adoptaran previamente las medidas necesarias para impedir que se generasen las condiciones de una tal tragedia. En el caso de los organizadores, desde luego, la idea de realizar un festival de acceso libre en un espacio público abierto hacía indispensable la implementación de un mecanismo de control estricto del aforo, circunstancia que asimismo tendría que haber sido oportunamente fiscalizada por los funcionarios administrativos que, sin embargo, concedieron la autorización del evento, así como también por el jefe de operaciones de la policía. Ahora bien, lo relevante es que, a pesar de la pluralidad de agentes involucrados, en un caso de tales características, ninguno se encuentra en condiciones de eximirse de responsabilidad, esgrimiendo el comportamiento imprudente de los demás. Pues independientemente del hecho de que cada uno pudiese confiar en que el resto actuaría conforme a cuidado, las medidas cuya

¹⁶²⁵ En sentencia de 4 de mayo de 2020, el LG Duisburg dictó el sobreseimiento del proceso. Entre otros motivos, la decisión se basó en que la alta complejidad del caso y la emergencia sanitaria del momento hacían improbable su cierre antes de que prescribieran los hechos (es decir, julio de 2020), además de que existía una baja probabilidad de condenar a quienes todavía continuaban como procesados —a saber: quienes realizaron las actividades de organización del evento—, dado que la intervención de una pluralidad de intervinientes habría determinado una menor medida de imprudencia individual.

adopción era exigible a cada uno no tenían por objeto resguardar una capacidad de evitación conjunta. Al contrario, y a pesar de que en última instancia todas estaban destinadas a garantizar la realización de un evento bajo condiciones seguras para los asistentes, y cuyo incumplimiento podía redundar en un peligro grave para estos, tales medidas de prevención exhibían un carácter autónomo, por tratarse de lo que se denomina “medidas de doble aseguramiento”; es decir, medidas cuyo fundamento precisamente descansa en la posibilidad de que otro u otros actúen de manera contraria a cuidado¹⁶²⁶. De ahí que, como han señalado algunos —y haciendo abstracción de problemas de corte procesal, que finalmente determinaron el sobreseimiento del caso—, al menos *prima facie*, se dieran aquí las condiciones para sendas autorías paralelas respecto de homicidios y lesiones imputables a imprudencia¹⁶²⁷.

2. Excurso: la concurrencia de comportamientos imprudentes

La factibilidad de potenciales autorías paralelas en injustos imprudentes presupone —valga la obviedad— que la convergencia del comportamiento de los agentes en cuestión no excluya la imputación del hecho respecto de ninguno de ellos. Una cuestión distinta, sin embargo, es la de si la constatación de dicha circunstancia podría generar alguna consecuencia ulterior, sea degradando los injustos concurrentes, sea atenuando las penas respectivas. En la coautoría, en cambio, no alcanza a generarse este problema, precisamente porque todos los intervinientes responden por un mismo hecho¹⁶²⁸.

En la dogmática y jurisprudencia españolas existe una marcada tendencia histórica a negar aplicación a la institución civilista de la “compensación de culpas”, pues, en efecto, el carácter imprudente del comportamiento de un sujeto no se ve disminuido ni suprimido por la imprudencia de un tercero, sea este un autor paralelo o la propia víctima. Por el contrario, un reconocimiento mucho más amplio ha tenido lo que algunos denominan “concurrencia de riesgos”¹⁶²⁹, o también “concurrencia de comportamientos imprudentes”, en donde ya no se trata de una operación consistente en compensar imprudencias, sino en determinar si y —en su caso— de qué manera el comportamiento

¹⁶²⁶ PUPPE/GROSSE-WILDE, «Doppeltes Staatsversagen – Das (vorläufige) Ende des Loveparade-Verfahrens», *JZ*, 7 (2019), p. 338.

¹⁶²⁷ Así, DUTTGE, *FS-Yamanaka*, p. 43. Véase también PUPPE/GROSSE-WILDE, *JZ*, 7 (2019), pp. 339 y s., quienes enfatizan el aspecto (nada trivial) de que, más allá de que se aplicara o no una pena de cárcel, se trataba de averiguar eventuales responsabilidades y culpas en uno de los procedimientos más importantes en los últimos años en Alemania, por lo que requería de un tratamiento jurídicamente apropiado.

¹⁶²⁸ Así también CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 340.

¹⁶²⁹ Por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, *LH-Bajo Fernández*, pp. 76 y ss.; CANCIO MELIÁ, *La conducta de la víctima*, 2ª ed., pp. 345 y ss., hablan de “concurrencia de riesgos”. Aquí prefiere utilizarse la expresión “concurrencia de comportamientos imprudentes”, pues permite especificar que los riesgos concurrentes efectivamente se han realizado, por lo que cada comportamiento es constitutivo de un injusto imprudente.

contrario a cuidado de un sujeto podría incidir en la valoración jurídica que recae sobre el comportamiento (también contrario a cuidado) de otro.

Según se anticipara, el problema de la concurrencia de comportamientos imprudentes toma como presupuesto que respecto de ninguno de los sujetos se ha excluido la imputación del hecho; es decir, el comportamiento contrario a cuidado de un tercero no ha significado a su respecto una ruptura del nexo de imputación, ni ha tornado en invencible un error de tipo, en inevitable la realización del hecho, o determinado la aplicación del principio de confianza, etc. Ahora bien, nada de lo anterior significa, sin embargo, que el comportamiento imprudente de un tercero no pueda incidir en el grado de previsibilidad o de evitabilidad de un suceso. Considérese de nuevo el prototípico ejemplo *La colisión automovilística*, antes referido, en donde *A*, conduciendo a exceso de velocidad, colisiona con *B*, quien omite un semáforo en rojo, a raíz de lo cual se produce la muerte de *C*, pasajero del taxi conducido por *B*. Asíumase, esta vez, que, además, *C* no ha utilizado el cinturón de seguridad, lo cual también ha sido determinante para el desenlace fatal. Desde luego, los límites reglamentarios de velocidad también tienen como objeto resguardar la capacidad de evitación de los conductores ante eventuales descuidos ajenos (es decir, constituyen medidas de doble aseguramiento) —y lo mismo rige para la obligación de detener la marcha—, pero eso no significa que para el primer sujeto, por ejemplo, no pueda haber resultado efectivamente menos previsible que, bajo tales circunstancias, su comportamiento convergería con el de otro autor paralelo y el de la propia víctima, condicionando entre todos la muerte de esta última. Como se aprecia, especialmente cuando el nexo de imputación —y no solo la relación causal— entre la infracción de una exigencia de cuidado por parte de un agente y el resultado que le es imputable no es autosuficiente, porque necesita incorporar como factor explicativo el comportamiento imprudente de otro u otros sujetos, cabe plantear la posibilidad de que dicha circunstancia incida en la responsabilidad del primero.

Pues bien, ante un escenario tal, para conceder relevancia al comportamiento ajeno contrario a cuidado una primera alternativa sería “degradar” la imprudencia del agente cuya previsibilidad o evitabilidad se ha visto afectada por aquel. En esta línea, por ejemplo, hay quienes sostienen que, cuando una conducta imprudente, que aisladamente podría calificarse de infracción grave al cuidado debido, no se concreta totalmente en la producción del resultado, debido a la aportación causal de otra conducta imprudente, ya no cabe considerar a la primera “tan peligrosa respecto de ese concreto curso causal

lesivo”¹⁶³⁰. La tesis de la degradación de imprudencias parece haber sido acogida también por el TS español en el contexto del *Caso Madrid Arena*¹⁶³¹.

Sin embargo, situar el argumento en los términos de una degradación de imprudencias es problemático precisamente porque duplica los niveles de análisis: en primer lugar, se examinaría el comportamiento imprudente aisladamente considerado de un sujeto y, a continuación, cómo la imprudencia de este eventualmente podría verse afectada por la de otro. Pero el primer nivel constituye un escenario ficticio, ya que no existe un suceso que haya sido condicionado únicamente por el comportamiento del agente cuya imprudencia se analiza. Lo anterior aconseja que, por el contrario, el comportamiento de terceros sea considerado desde un inicio en la determinación de la gravedad de la infracción del cuidado exigido. Además, razonar en términos de degradación de imprudencias sugiere, por un lado, que la razón en la cual descansa la definitiva valoración jurídica del comportamiento imprudente de un sujeto sería exógena a este, a la vez que, por otro lado, da pábulo a la impresión de que toda imprudencia comenzaría siendo grave, pudiendo eventualmente modificarse su calificación preliminar una vez comparada con otras¹⁶³². Por el contrario, si, por ejemplo, en el *Caso Madrid Arena* la imprudencia de los encargados de la seguridad del recinto parecía susceptible de ser considerada como menos grave, la razón para ello no se construye (directamente) por la vía de una comparación con la de los coordinadores del evento (sin perjuicio que la imprudencia de estos, en efecto, haya sido grave), sino por la intensidad intrínseca de su propio comportamiento contrario a cuidado y por la forma en que se deja establecer concretamente el nexo de imputación entre este y el resultado, que es donde podría haber reclamado consideración el factor de que, a pesar de incurrir en múltiples descuidos, tales sujetos —los superiores encargados del servicio de seguridad— solo podrían haber informado a los organizadores de las irregularidades detectadas sobre el exceso de aforo o sobre una situación de riesgo en el acceso, pero no así detener el evento. Que la intensidad de la infracción de una exigencia de cuidado se vuelva todavía más reconocible al relacionarla con la de otros no significa que la disminución de la gravedad de la imprudencia resida específicamente en

¹⁶³⁰ LUZÓN PEÑA, PG, 3ª ed., Cap. 18/98. Véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal*, p. 334: si independientemente ninguna de las conductas hubiese sido capaz de producir el resultado, “la imprudencia de cada sujeto será susceptible de ser degradada de modo análogo a lo que sucede en los supuestos de compensación de culpas”.

¹⁶³¹ El TS condenó a los coordinadores de la empresa de seguridad —superiores jerárquicos encargados de la prevención de riesgos que pudiesen afectar a las instalaciones— como autores de cinco delitos de homicidio por imprudencia menos grave dado que “la posibilidad de neutralizar los riesgos de su actuación era menor de la de los otros acusados que resultan condenados, y por lo tanto la influencia que su conducta podría tener en la evitación del resultado, en un supuesto como éste de conductas concurrentes, también era inferior (...)”. Cfr. STS de 11 de diciembre de 2017 (fundamento jurídico décimo octavo).

¹⁶³² Sobre este punto ya SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, pp. 102 y 114, advirtiendo que no todo error de tipo vencible ha de ser directamente expresivo de una imprudencia grave. Al contrario, la mayor o menor gravedad ha de predicarse de un error que, siendo vencible, no es evitado.

dicha operación. Con todo y esto, la tesis de la degradación de imprudencias tiene un núcleo correcto, y es que permite situar el análisis en el plano de lo injusto. Pues si la previsibilidad y la evitabilidad de un sujeto es inferior debido a la concurrencia de otros comportamientos imprudentes, entonces se trata de un injusto que —todas las cosas consideradas— es “menor de lo que aparentemente cabría apreciar”¹⁶³³, es decir, no un injusto imprudente que deviene en menos grave, sino uno que se ha constituido como tal.

Por supuesto, la determinación de los criterios específicos con arreglo a los cuales puede calificarse la gravedad de injusto imprudente —en el caso del CPE, como “grave”, “menos grave” o “leve”, siendo en este último caso impune— son ampliamente discutidos. Por ejemplo, entre los factores que tienden a tenerse en cuenta se encuentran la valoración social del riesgo y la peligrosidad de la conducta¹⁶³⁴, como también la clase de bien jurídico amenazado¹⁶³⁵. Sin embargo, este último elemento podría estimarse ya considerado en el establecimiento de la respectiva norma de comportamiento, como también en la apertura del *numerus clausus* de la imprudencia que realiza la respectiva norma de sanción en la Parte especial, y en la entidad de la pena, propiamente tal¹⁶³⁶. Por su parte, la peligrosidad del comportamiento y su valoración social son factores que inciden ya en la identificación de la medida de cuidado como estándar objetivo situacionalmente aplicable, lo que ocurre especialmente en la delimitación previa del riesgo permitido. De ahí que, según la tesis aquí acogida, la gravedad de la imprudencia resida más bien en la mayor o menor imputabilidad de la infracción de la exigencia de cuidado respectiva. Desde luego, factores como la alta peligrosidad del comportamiento o la entidad de los bienes en juego hacen exigibles la aplicación de medidas de cuidado elementales para tales efectos¹⁶³⁷, y, por tal razón, su falta de adopción generalmente es

¹⁶³³ Fundamental, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., pp. 156 y 352, quien reiteradamente enfatiza que no se trata aquí de una “degradación” de la imprudencia (no hay injusto que se atenúe por la imprudencia de un tercero), sino que ya “la propia gravedad del injusto es menor”. Se acoge también a esta tesis CANCIO MELIÁ, *La conducta de la víctima*, 2ª ed., p. 347.

¹⁶³⁴ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 11/12. Atiende también al grado de peligro relacionado con la entidad de los bienes jurídicos en cuestión, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/60. Así también, SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, p. 21, aunque advirtiendo la dificultad de sentar fórmulas de aplicación general en este ámbito. En cambio, de una opinión distinta, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, p. 181: “(...) la gravedad de la imprudencia es, en realidad, una cuestión propia del tipo subjetivo y, por tanto, de evitabilidad individual”.

¹⁶³⁵ Así, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 358, quien también añade como factor la “gravedad de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado”.

¹⁶³⁶ Por el contrario, si la importancia del bien jurídico lesionado incidiera directamente en la gravedad de la imprudencia, entonces solo cabría lugar a un homicidio por imprudencia grave. Sin embargo, la previsión de un homicidio por imprudencia menos grave en el CPE ya es demostrativa de que la gravedad de la imprudencia no está determinada por la importancia del bien jurídico.

¹⁶³⁷ Refiriéndose al carácter elemental de las medidas de cuidado cuya infracción es susceptible de fundamentar una mayor gravedad de la imprudencia, véase GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. I, p. 41; LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., Cap. 18/66; MOLINA FERNÁNDEZ, «Dolo, imprudencia y error», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, p. 305. Cfr. asimismo la STS de 11 de diciembre de 2017 (fundamento jurídico décimo tercero), que se inclina por diferenciar la imprudencia grave y menos grave en términos de la infracción de la medida: “(...) la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otro y la diferencia está en la intensidad o relevancia (...). La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o

indiciaria de un alto grado de previsibilidad del suceso —así, fácilmente reconocible— y de evitabilidad —fundada en la expectativa normativa de un mayor “control del riesgo”¹⁶³⁸—, con lo cual, la infracción misma, de manera frecuente (pero también contingentemente) acaba revelándose como más “crasa”¹⁶³⁹. Otro indicio de la menor gravedad de la infracción —por mor de su menor imputabilidad— puede estar constituido por la adopción de medidas de cuidado inidóneas o su aplicación tardía, pero no porque revelen un carácter menos despreocupado en el agente —ni porque su falta de adopción indique una mayor indiferencia—, sino porque, a pesar de que las medidas de cuidado han sido insuficientes, se ha encontrado más cerca de cumplir con el estándar requerido y, por esta vía, de estar capacitado de evitar la realización del tipo; es decir, el nivel de discrepancia entre la medida aplicable y la efectivamente aplicada es menor. En cambio, que el agente haya obrado con imprudencia consciente o “inconsciente” —según la nomenclatura aquí favorecida: que el agente haya sido consciente fenoménica o disposicionalmente de realizar las circunstancias fácticas que ameritaban la adopción de cierta medida de cuidado— no es un factor que incida en la gravedad de la imprudencia, pues entonces este se volvería un problema de perspectiva: en cierto modo, sería más grave realizar un comportamiento a sabiendas de que es riesgoso (la antiguamente llamada *luxuria*), pero esa misma representación podría revelar una profunda convicción de que el suceso cuya realización falsamente se ha descartado no ocurriría (es decir, y en contra de lo que parecería a primera vista, “más lejos del dolo eventual”); a su vez, quien solo es disposicionalmente consciente del carácter riesgoso del comportamiento que realiza podría revelar con ello mayor despreocupación, pero a la vez menos razones epistémicas para evitar un suceso que no se ha representado explícitamente. En consecuencia, la gravedad de la imprudencia es un asunto normativo, no psicológico¹⁶⁴⁰.

El análisis de la concurrencia de comportamientos imprudentes en la configuración de la medida del injusto imprudente de uno o varios de los agentes, eventualmente, conducirá a afirmar su impunidad (sea porque la respectiva norma de sanción no abre el *numerus clausus* ante imprudencias menos graves, sea porque el injusto ha quedado constituido como una imprudencia leve, y, por ende, impune). Hay quienes consideran que dicha concurrencia, más bien, habría de ser analizada en el ámbito de la punibilidad, precisamente porque la primera alternativa sería rígida y drástica en sus consecuencias, mientras que su análisis en el plano de la determinación de la pena, como factor que

intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora”.

¹⁶³⁸ Se trata de una expectativa normativa, pues puede ser que, en los hechos, la ejecución de una acción altamente riesgosa dificulte la evitabilidad en el propio agente imprudente, pero precisamente por esta razón se esperaría de él la adopción de medidas de cuidado más eficaces. Así sucede con la llamada imprudencia por asunción.

¹⁶³⁹ Así, la presencia de conocimientos y capacidades especiales hacen más accesible al agente la adopción del cuidado que situacionalmente le es exigido, por lo que podrían venir en consideración para efectos de la gravedad de su imprudencia. Así también ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., § 24/90, quienes, empero, también consideran que, *ceteris paribus*, la imprudencia consciente sería merecedora de mayor pena.

¹⁶⁴⁰ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., lecc. 11/15.

afectaría al merecimiento de esta, ampliaría el marco de posibilidades en el juzgador¹⁶⁴¹. En realidad, ambas alternativas no son incompatibles¹⁶⁴². No obstante, considérese que, aun situada en el ámbito de la punibilidad, la razón para una eventual rebaja de pena — especialmente si se opta por la aplicación de una atenuante analógica— habría de seguir descansando en la incidencia del comportamiento imprudente de un sujeto en el del otro, y no simplemente en el puro hecho de la concurrencia. Si, por ejemplo, tres sujetos —sea como coautores, sea como autores paralelos— condicionan la producción de la muerte de un tercero, no es que, correlativamente, cada injusto imprudente corresponda a un tercio del que se habría configurado si no hubiese intervenido alguno de los tres¹⁶⁴³. En síntesis, la pluralidad de comportamientos imprudentes puede incidir en la calificación de la gravedad del injusto de alguno o algunos de los autores paralelos —no como consecuencia sobrevenida a la afirmación del carácter imprudente de su comportamiento, sino en un análisis inicial de este—, o bien, como factor a considerar en la determinación de la pena, pero se trata siempre de una consecuencia sensible al caso concreto, sin que responda a una necesidad general consistente en repartir las consecuencias derivadas de un suceso solamente porque han intervenido varios en él.

3. ¿Coautoría con criterios de imputación subjetiva divergentes?

Una vez admitida la opción de una coautoría en el injusto imprudente surge finalmente la pregunta acerca de si esta estructura de imputación podría tolerar una divergencia en los criterios de imputación subjetiva, es decir, uno o varios “coautores imprudentes” junto con otro u otros “coautores dolosos”. Antes de confirmar o descartar lo que (en el primer caso) podría constituir una “coautoría mixta”¹⁶⁴⁴ conviene distinguir, cuando menos, dos casos estructuralmente distintos.

¹⁶⁴¹ Suscribiendo a la tesis del menor merecimiento de pena, SÁNCHEZ LÁZARO, *EPC*, vol. XXX (2010), p. 462. Favoreciendo la aplicación de una atenuante analógica, CASTIÑEIRA PALOU/LLOBET ANGLÍ/MONTANER FERNÁNDEZ, «Concurrencia de culpas en accidentes laborales», *ADPCP* (2005), p. 252.

¹⁶⁴² Contemplando ambas opciones, CORCOY BIDASOLO, *LH-Bajo Fernández*, p. 77; SÁNCHEZ LÁZARO, *EPC*, vol. XXX (2010), p. 467.

¹⁶⁴³ En este mismo sentido, decididamente en contra de la idea de que la “multicausalidad” tenga el efecto de disminuir la culpabilidad de los agentes, PUPPE/GROSSE-WILDE, *JZ*, 7 (2019), pp. 337 y ss. Sobre la potencial trivialización del significado de lo injusto a la que conduce la relación supuestamente coextensiva entre causalidad (individual) y responsabilidad, véase también *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.2.2.1.

¹⁶⁴⁴ Por cierto, esta denominación es metodológicamente inapropiada, pues da por respondida la cuestión que se interroga (máxime si luego acaba descartándose esta opción), con todo, junto con ser probablemente la más extendida, permite formular sintéticamente el argumento en cuestión, por lo que, hecha aquí esta reserva, se utilizará también esta nomenclatura en lo sucesivo. Referencias expresas a una “coautoría mixta” (*gemischte Miturheberschaft*) pueden encontrarse ya en BINDING, *Die Normen*, t. IV, pp. 620 y ss. Cfr. EL MISMO, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, p. 293, quien la aprobara tras considerar que, aunque un coautor actúe de manera dolosa y otro de manera imprudente, puede afirmarse que “el resultado es su obra común”. Como pronto se verá, el diagnóstico de Binding es correcto, pero ello nada dice aún acerca del carácter conjunto de la acción que causa dicho resultado.

En primer lugar, considérese el siguiente ejemplo:

Caso del armario. Para ahorrar tiempo y esfuerzo, los trabajadores *A* y *B* deciden arrojar a la acera un pesado armario desde la ventana de la segunda planta de una casa, aun no cercada, pero próxima a demoler. Avanzada como estaba la noche, ambos suponen que poca gente circularía por esa calle. Antes de realizar la maniobra, *A*, que está al lado de la ventana, advierte que su enemigo *C* se aproxima a pasar justo en frente de ellos. Debido a las dimensiones del mueble, *B* pregunta a *A* si acaso observa la presencia de algún viandante. Luego de la respuesta negativa de este último, ambos trabajadores arrojan el armario por la ventana, impactando a *C*, quien muere a raíz de una fractura de cráneo.

A primera vista, en el supuesto recién presentado no sería problemático sostener que ese hecho podría imputarse a *A*, a título doloso, pues, al momento de actuar, *A* advierte la posibilidad de que, por la vía de arrojar junto con *B* un pesado armario a la acera, podría impactar a *C*, y, con ello, condicionar su muerte. Por su lado, *B* ignora que, por la vía de arrojar junto con *A* un pesado armario a la acera, podría impactar a *C*, y, con ello, realizar las circunstancias fácticas que satisfacen el tipo de homicidio, pese a lo cual, podría haber evitado dicho déficit epistémico si, por de pronto, hubiese aplicado alguna medida de cuidado que le previniera de tal error.

Pero también son concebibles constelaciones en las que solo un coagente advierte la posibilidad de que la acción que (bajo alguna descripción) conjuntamente realiza con otro satisfaga la descripción de un tipo delictivo, ignorando el otro coagente dicha circunstancia, pero sin que este déficit haya sido provocado por el primero de ellos. Para ilustrar el punto, considérese la siguiente variante de un ejemplo utilizado anteriormente.

Los cazadores enemistados. Al interior de un denso bosque, los cazadores *D* y *E* advierten la presencia de un objeto que se mueve entre los matorrales. *D*, que tiene visión más aguda, advierte que dicho objeto en realidad es el cazador *F*, y está convencido de que *E* también ha identificado que se trata de su enemigo en común. Por el contrario, *E* cree erróneamente que el objeto que se mueve es un jabalí. Para no generar ruido alguno, se coordinan mediante gestos y enseguida proceden a disparar con sus armas de fuego. Los disparos individuales efectuados por *D* y *E* condicionan conjuntamente la muerte de *F*.

Pues bien, si, junto con un extendido sector de la doctrina, se defendiera —como se ha hecho aquí¹⁶⁴⁵— que la norma de comportamiento cuya infracción se imputa a uno o más sujetos a título de dolo o de imprudencia es la misma, entonces ya tendría un sustento inicial la posibilidad de una estructura “subjetivamente mixta” de coautoría, por compartir

¹⁶⁴⁵ Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. I.1.

un objeto unitario de imputación. Esa impresión podría reforzarse si se considera que el *concepto* y los *presupuestos* de la (co)autoría no varían dependiendo del criterio de imputación subjetiva que resulte aplicable: no existe una (co)autoría dolosa y otra (co)autoría imprudente distinta de la primera¹⁶⁴⁶. Enseguida, para quienes entienden que la relación lógico-conceptual entre dolo e imprudencia designa un *plus-minus*, habría razones adicionales para considerar una posible coautoría mixta. Por último, tal opción podría imponerse definitivamente de asumirse que entre la exigencia de un nexo intersubjetivo entre los coautores y el respectivo criterio de imputación subjetiva que resulte individualmente aplicable existe una independencia *plena*¹⁶⁴⁷.

Las razones por las que aquí, en cambio, se descarta la viabilidad de una tal “coautoría mixta” descansan en una comprensión que se contrapone tanto con el tercero como con el cuarto de los argumentos enunciados. Sin perjuicio de lo que enseguida se precisará en este ámbito, sobre la relación de *aliud* entre dolo e imprudencia cabe remitir a desarrollos previos¹⁶⁴⁸; con ello —y a modo de cierre de esta investigación—, la atención volverá a concentrarse en el vínculo entre acción (conjunta), imputación subjetiva y (co)autoría.

Sobre la premisa básica de que los criterios de autoría representan esquemas de adscripción de agencia —por lo que presuponen no solo un comportamiento potencial o efectivamente antinormativo, sino también evitable y, por esto, constitutivo de un injusto jurídico-penal—¹⁶⁴⁹, tiene sentido comenzar el análisis preguntando si, tras la estructura

¹⁶⁴⁶ De manera distinta, WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 199, para quien la imposibilidad de una “coautoría mixta” descansaría fundamentalmente en la existencia de dos clases de dominio distintos. En cambio, sobre el carácter (en esta medida) “unitario” del concepto de coautoría aquí defendido, como criterio de imputación aplicable tanto a hechos dolosos como imprudentes, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. IV.

¹⁶⁴⁷ Favorables al reconocimiento de coautoría con divergencia de títulos de imputación subjetiva, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 14/30 y s., quien invoca el principio (positivamente reconocido en Alemania) de que cada interviniente responde en consideración a su propia culpabilidad; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 289, sostiene que la representación del peligro no tiene por qué ser la misma entre los coautores; por su lado, SUNG-RYONG, *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“*, pp. 277, 289 y ss., invoca la identidad estructural de la coautoría dolosa e imprudente; HÄRING, *Die Mittäterschaft*, pp. 352 y s., afirma que la norma infringida es la misma y que la imputación no podría depender de momentos intelectuales diferenciados; en esta última dirección también VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, pp. 181 y s., 360 y ss., sobre la base de que las formas de evitabilidad individual únicamente conciernen a la imputación subjetiva de cada interviniente por la realización del tipo, y de que, por otro lado, no está a disposición de los sujetos la determinación de la co-pertenencia de ciertas formas de comportamiento, sino que, por el contrario, si se trata de una división “vinculante” o “separadora” del trabajo es algo que depende de la valoración social. En fin, desde luego que para quienes consideran que, desde un punto de vista sistemático, la aplicación de los criterios de imputación subjetiva es posterior al establecimiento de la respectiva relación de intervención delictiva (bajo lo que aquí se ha denominado un concepto “objetivo” de (co)autoría), la posibilidad de una coautoría mixta tendría que ser aceptada sin más. Al respecto, cfr. *supra* Cap. Sexto, apdo. IV.1.4.

¹⁶⁴⁸ Cfr. *supra* Cap. Tercero, apdo. I.2.

¹⁶⁴⁹ Para esto véase *supra* Cap. Segundo, apdo. II.2.3., y Cap. Cuarto, apdo. II.2.

de una coautoría con títulos de imputación subjetiva divergentes, podría identificarse o no una instancia de acción conjunta.

Según se ha insistido en este trabajo, la atribución de un patrón unitario de comportamiento entre dos o más sujetos depende de que, a su vez, sean reconocibles entre ellos compromisos doxásticos y prácticos consistentes. Como podrá notarse a la vista de los dos últimos ejemplos ofrecidos, este grupo de casos, en los que un sector doctrinal considera plausible una coautoría mixta, se caracteriza por el hecho de que los sujetos involucrados realizan una acción que expresa una mínima convergencia, tanto cognitiva como intencional. Sin embargo, se vuelve crucial aquí advertir que la atribución de tales compromisos es —como siempre— relativa a una determinada descripción¹⁶⁵⁰.

Aunque, del mismo modo que tratándose de una acción individual, para la configuración de una acción conjunta, el comportamiento de los potenciales coagentes solo necesita ser intencional bajo alguna de sus distintas descripciones posibles¹⁶⁵¹, es indispensable que esa descripción sea la misma: solo así se constituiría como una acción unitaria¹⁶⁵². Por esto, si se presenta una variación en los compromisos doxásticos y prácticos de los coagentes, su comportamiento no necesariamente dejará de ser intencionalmente conjunto —lo seguirá siendo en la medida en que los sujetos crean y se propongan actuar bajo un “*modo-actitudinal-nosotros*”—, sino que dejará de ser conjuntamente intencional —al tener objetos de referencia distintos, el contenido de la intenciones de tales sujetos ya no será compartido—, con lo cual el estatus de acción *conjunta* de tal comportamiento no podrá mantenerse a lo largo de aquellas descripciones bajo las cuales diverjan sensiblemente los estados intencionales de sus coagentes.

Así pues, en el *Caso del armario* los compromisos doxásticos y prácticos de *A* y *B* son coextensivos bajo la descripción “arrojar un armario a la acera”, pero no bajo la descripción “arrojar un armario encima de *C*”, como instanciación del tipo de homicidio, y que solo queda abarcada por los estados intencionales de *A*. Análogamente, en *Los*

¹⁶⁵⁰ Para ilustrar este punto por referencia a una situación jurídico-penalmente irrelevante, supóngase que una pareja, *A* y *B*, entrega a su amigo, *C*, un juego de mesa. Mientras *A* cree que, junto con *B*, obsequian un juego de mesa a *C*; *B*, por su lado, cree que retornan a *C* un juego prestado. Las acciones de *A* y *B* son extensionalmente convergentes solo bajo la descripción “entregar un juego de mesa a *C*”, dejando de serlo bajo las descripciones “hacer un obsequio a *C*” y “retornar un objeto prestado a *C*”, respectivamente. Para constatar que, dadas sus diferentes notas intensionales, las acciones realizadas por *A* y *B* dejan de ser coextensivas en cierto punto, bastaría notar que, si *C* preguntase: “¿por qué me entregan esto?”, las respuestas de *A* y *B* serían muy distintas.

¹⁶⁵¹ Acerca de la consistencia en contenidos que han de exhibir las actitudes proposicionales susceptibles de formular en un modo nosotros, véase *supra* Cap. Quinto, apdo. I.2.1., y la bibliografía allí citada.

¹⁶⁵² Del mismo modo que una falta de consistencia intencional —o “motivación unitaria”— obstaría a la posibilidad de unificar en una sola acción la realización iterativa de comportamientos objetivamente idénticos ejecutados por parte de un mismo sujeto.

cazadores enemistados la acción ejecutada por *D* y *E* es conjunta bajo la descripción “disparar contra un objeto que se mueve”, mas no bajo la descripción “disparar contra *F*”, como conducta que ejemplifica la clase de acción prohibida en el tipo de homicidio.

De este modo, la falta de viabilidad de algo tal como una coautoría mixta no radica, directamente, en la divergencia del título de imputación subjetiva; más bien, ocurre que dicha divergencia es expresiva del fracaso de un presupuesto previo, esto es: que al comportamiento que satisface la descripción *típica* subyazga una acción conjunta¹⁶⁵³.

Por otro lado, y según se anticipara, aunque el concepto y los presupuestos generales de la coautoría sean unitarios, tanto tratándose de un injusto doloso como de un injusto imprudente, de ello no se sigue que la forma en que se articula la aplicación de este criterio de autoría sea idéntica en cada caso. Como se ha insistido, la imputación de un hecho a título propio a un sujeto no puede permanecer insensible al fundamento en el cual descansa la imputación subjetiva del mismo, pues solo una vez que ambas cuestiones se ponen en relación puede determinarse cómo y por qué ese hecho representaba un suceso evitable para tal sujeto¹⁶⁵⁴. Caracterizada como una instancia de evitabilidad conjunta, la coautoría en un injusto doloso y en un injusto imprudente se expresa de manera distinta, pues aquello que a un agente doloso resulta directamente evitable es ya la realización del tipo; en cambio, al agente imprudente, por padecer algún déficit en sus capacidades físicas o epistémicas, la realización del tipo no resulta inmediatamente evitable, pero sí la merma en sus propias capacidades de evitación. La “perspectiva mente-a-mundo” atribuible a un agente a quien se imputa un hecho a título doloso contrasta con la del autor en un injusto imprudente¹⁶⁵⁵. Ello incide decisivamente en la pregunta acerca del elenco de acciones respecto de las que tales sujetos tienen razones epistémicas para ejecutar o abstenerse de ejecutar, y que, debido a dicha discrepancia, no admite entre ellos una respuesta unitaria.

Tras descartar una potencial coautoría mixta debido a los argumentos recién expuestos, puede retornarse ahora a los ejemplos inicialmente formulados.

¹⁶⁵³ A la inversa, y según fuese desarrollado antes (*supra* Cap. Cuarto, apdo. II.2.), la presencia de un determinado criterio de imputación subjetiva no fundamenta la concreta modalidad de intervención delictiva aplicable —ambas categorías responden preguntas distintas—, pero sí representa un presupuesto para el reconocimiento de una relación de agencia jurídico-penalmente relevante, pues la aplicación de un criterio de autoría solo se justifica pragmáticamente respecto de comportamientos evitables.

¹⁶⁵⁴ Precisamente porque, como señala VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 208, la intervención delictiva podría comprenderse como una “toma de posición colectiva frente a la norma”, parece necesario que la relación de agencia subyacente a ella sea unitaria, y no, en cambio, que a través de un mismo hecho se imputen dos clases distintas de infracción de deber (o, si se prefiere, dos injustos de acción diversos).

¹⁶⁵⁵ La diferencia en sus respectivos compromisos doxásticos determina que, por añadidura, exista una falta de consistencia en sus compromisos prácticos, por lo que también habrá de diferir la “perspectiva mundo-a-mente” de tales sujetos. Sobre estas “direcciones de ajuste” bajo las cuales pueden caracterizarse creencias e intenciones, respectivamente, véase SEARLE, *Making the Social World*, pp. 27 y ss.

El *Caso del armario* presenta la particularidad de que el déficit epistémico que padece *B* —y que, por ende, obsta a la identificación de una acción conjunta bajo la descripción del tipo de homicidio— ha sido provocado y aprovechado por *A*. Lo anterior se corresponde con la estructura de imputación de la autoría mediata. Ahora bien, puesto que *A* también realiza parte del comportamiento consistente en arrojar un armario sobre *C* y, por esta vía, condiciona su muerte, el tipo de homicidio a título de dolo le resulta imputable, en parte, como autor mediato (por lo que hace a la actuación de *B*) y, en parte, como autor directo (por lo que hace a su actuación de propia mano)¹⁶⁵⁶.

En cuanto a *B*, por de pronto, la imputación de un homicidio a título de dolo se encuentra excluida a raíz del déficit epistémico que padece, y en cuya virtud obra como instrumento de *A*. Sin perjuicio de lo anterior, respecto suyo todavía podría plantearse la pregunta acerca de una posible imputación del homicidio de *C*, a título de imprudencia, y, por ende, bajo un fundamento normativamente distinto del que sustenta la responsabilidad de *A*. Al respecto pueden advertirse al menos tres posibilidades. La primera consistiría en excluir también una imputación a título de imprudencia, de considerarse que *B*, al tener por verdadera la información suministrada por *A*, quedaría amparado por el principio de confianza. No cabe descartar que, en muchos supuestos, esta vía de solución será quizá la más apropiada, especialmente cuando, por estar ejecutando conjuntamente una misma acción, mayores razones parecerían asistir a un sujeto para confiar en la información que le suministra su compañero. En el *Caso del armario*, en principio, *B* no tendría razones para suponer que *A* está mintiendo cuando le indica que no ve a nadie por la acera. Con todo, nótese que el problema no solo reside en la posibilidad de confiar en otro, sino en las condiciones bajo las cuales puede confiarse. En el caso considerado, la circunstancia de que *A* mire por la ventana e informe a *B* que es seguro arrojar el armario únicamente habla acerca del hecho de que el primero puede confiar en la veracidad de lo que le dice el segundo, mas esa creencia no tiene el efecto de tornar en permitido un comportamiento *conjunto* que ya desde un inicio no lo está. Pues la indicación de *A* en nada altera el hecho de que, aquello que han acordado aplicar, consiste en una medida de cuidado enteramente insuficiente de cara al aseguramiento de su capacidad de evitación conjunta, circunstancia que tendría que haber sido prevista también por *B*. Que sea perfectamente imaginable que, de manera distinta a lo que ocurrió, *A* no hubiese advertido la repentina presencia de

¹⁶⁵⁶ Nótese que, en ese caso, no se trata de dos hechos distintos, sino de la aplicación de dos estructuras para la imputación de un mismo hecho a título propio al mismo sujeto. Debido a ello, queda descartada la alternativa (altamente contraintuitiva) de considerar que, en un caso como el examinado, pudiera darse un supuesto de autoría paralela a cargo de un mismo agente. Por su lado, la posibilidad (también contraintuitiva) de una eventual participación de *A* en el hecho imputable a *B* ha de ser descartada, pues esa misma acción auxiliar ya sustentaría la calidad de autor mediato de *A*, desplazando así una intervención accesoria.

C, es indiciario de que, con independencia de lo que *A* pudiese haber señalado a *B*, la medida de cuidado que les resultaba situacionalmente exigible consistía en abstenerse de ejecutar una acción, bajo esa modalidad, de tal manera peligrosa, o en su defecto, en adoptar una medida de cuidado menos falible que la de solo consultar visualmente la presencia de alguien. Con base en lo anterior, como segunda alternativa podría abrirse la posible imputación a *B* de un homicidio a título imprudente, como autor directo, por no haber adoptado alguna medida de cuidado que le hubiese prevenido padecer un error de tipo, bajo tales circunstancias, razonablemente evitable¹⁶⁵⁷. Por último, de considerarse satisfechas las condiciones necesarias para que el hecho resulte imputable por imprudencia a *B*, de todos modos, parecería indispensable considerar que esa imputación no puede dejar oculta las circunstancias concretas bajo las cuales *B* padece semejante déficit, a saber: un error de tipo reforzado por *A*. Con ello, aunque la medida de cuidado adoptada haya sido insuficiente, en el caso de *B*, la previsibilidad relativa a la realización de las circunstancias fácticas del tipo de homicidio es notoriamente inferior a la de otro agente imprudente en cuyo error no interviene un tercero, pues *B* podría haber previsto que alguien pasaría por la acera, pero no probablemente que sería engañado por *A*. A la luz de la regulación del CPE, esto último permitiría introducir, como tercera opción, las posibilidades de imputar el hecho a *B* a título de imprudencia menos grave, o incluso, de considerarlo una hipótesis de imprudencia leve, y, en ese caso, un hecho no punible.

En cambio, en el segundo de los ejemplos considerados, *Los cazadores enemistados*, no viene en consideración la estructura de la autoría mediata, pues el error de tipo que padece *E* no es en absoluto atribuible a *D*. Antes bien, a pesar de que ambos creen actuar de manera conjunta, lo cierto es que existe una divergencia epistémica recíproca, pues mientras *E* cree que disparan conjuntamente a un jabalí, *D* cree que disparan conjuntamente a *F*. Ocurre entonces algo parcialmente similar a los casos de exceso cualitativo por parte de un coautor. Según fuese señalado en su oportunidad, la marca singular de estas últimas constelaciones no reside en una divergencia de dolo —ello es contingente—, sino ya en una ruptura del “esquema común de interpretación” que se aplican recíprocamente para sí los coautores¹⁶⁵⁸, pues quien se excede de este marco —aun con conocimiento del resto—, pasa a actuar por cuenta propia, de modo que su comportamiento, en lo concerniente al exceso, deja de exhibir la propiedad de ser “parte de una acción conjunta”. Por su lado, una representación errónea acerca de qué es lo que

¹⁶⁵⁷ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., p. 339, nota 239: “[s]i en el interviniente concurre 'dolo' no sólo de participar, como autor o como partícipe, sino también dolo, en sentido propio, respecto a la realización típica, se podría llegar a plantear un supuesto de autoría mediata dolosa en la que el instrumento actúa imprudentemente”.

¹⁶⁵⁸ Como señala KINDHÄUSER, *RP*, 11 (2003), p. 67, la imputación subjetiva en la coautoría “exige un esquema de interpretación para la constitución del riesgo global que sea congruente en sus puntos esenciales con los esquemas de interpretación de los demás intervinientes”. Esto es importante pues solo así la coautoría puede legitimarse como un ejercicio de “hetero-organización consentida” (*ibidem*, p. 65).

se dispone a realizar aquel con quien, en principio, se actúa conjuntamente, impacta también en un desconocimiento acerca del alcance del comportamiento del otro sujeto a través del cual se estaría ampliando la propia esfera de responsabilidad. En breve: no es posible anticipar cuán lejos podría llegar el comportamiento del otro. Lo relevante del contrapunto es que, tanto tratándose de supuestos en los que algunos verían una “coautoría mixta”, como de casos de exceso por parte de un coautor, la consecuencia es esencialmente la misma: decae el fundamento que, bajo la descripción *típica* en cuestión, permitiría unificar el comportamiento discreto de los sujetos involucrados, lo que, formulado con la terminología dominante, equivale a privar de sustento la imputación recíproca de sus aportes.

La consecuencia recién registrada podría alcanzarse de modo más directo si se comenzara examinando la pregunta acerca de si, bajo la descripción del respectivo tipo, se está o no en presencia de una acción conjunta. El orden tradicionalmente inverso de este análisis, que favorece una perspectiva temporal del suceso, y desde la cual se aprecia una acción conjunta que, bajo cierta descripción, en cierto momento deja ya de serlo, genera la necesidad de “excluir” la imputación de ese hecho a otro u otros sujetos que, en realidad, desde el punto de vista de la descripción típica *sobrevenida*, o no están ejecutando acción alguna (como los compañeros del coautor que se excede), o bien, están ejecutando acciones individuales distintas (como ocurre con el agente doloso y el agente imprudente).

La divergencia en sus respectivos compromisos cognitivos (y, por añadidura, en sus compromisos prácticos) permite confirmar que la evitabilidad de *D* y *E* está referida a objetos diversos. Mientras *D* tendría que haber omitido efectuar ese disparo precisamente por tener una razón epistémica genuina para creer que su comportamiento eventualmente ejemplificaría el tipo de acción que prohíbe matar a otro; *E*, por el contrario, tendría que haber aplicado alguna medida de cuidado que le hubiese permitido asegurar sus capacidades actuales de evitación, por la vía de vencer la razón epistémica aparente que le conduce a suponer que, al efectuar ese disparo, no estaría realizando las circunstancias fácticas del tipo de homicidio¹⁶⁵⁹. La imputación de sendas autorías directas paralelas de un delito de homicidio, a título doloso e imprudente, respectivamente¹⁶⁶⁰, depende de que tanto el comportamiento de *D* como el de *E* cuenten como componentes necesarios de (cuando menos) una condición mínima suficiente para el acaecimiento de la muerte de *F*, como ha sido concretamente el caso. Por el contrario, de acreditarse, *v. gr.*, que solo uno de los disparos ha condicionado la muerte de *F*, sin que logre identificarse cuál

¹⁶⁵⁹ Sobre la distinción entre razones (epistémicas) genuinas y aparentes, véase PARFIT, *On What Matters*, vol. I, 2011, pp. 32 y ss., 47 y ss., 111 y ss.

¹⁶⁶⁰ Se muestran favorables a la autoría paralela entre un autor paralelo doloso y otro imprudente CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 351 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 14» en EL MISMO/CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 838. Véase también FINCKE, *GA* (1975), p. 169, aunque solo se refiere al caso prototípico en que los sujetos desconocen la actuación del otro.

específicamente, en contraste con lo que sucedería en una instancia de “coautoría aditiva” —en la que, bajo la descripción típica, *también* sería reconocible la adopción de un patrón de agencia compartida—, aquí tendría que imponerse el principio *in dubio pro reo*.

IV. Recapitulación

De acuerdo con lo examinado en este último capítulo, la estructura de la coautoría en un injusto imprudente es plenamente aplicable a los delitos impropios de omisión. Desde luego, este ejercicio requiere que se consideren los presupuestos de los cuales depende específicamente la configuración del quebrantamiento *conjunto* de una norma de requerimiento. Para esto último no es necesario que los potenciales coautores revistan la misma relación de garantía con el bien jurídico lesionado o con la fuente de peligro no controlada, pero sí que ostenten todos una posición de garante que les vincule con ese mismo objeto de referencia. Es igualmente fundamental que la falta de ejecución conjunta de una acción impeditiva o de salvamento se explique a raíz de la incapacidad actual provocada por un déficit compartido (y no meramente agregado) en las capacidades de evitación de tales garantes omitentes. Solo de esta manera la configuración del respectivo nexo de imputación podría arrojar como respuesta aquella concreta exigencia de cuidado que dos o más sujetos tendrían que haber aplicado para, de este modo, al menos haber estado en condiciones de ejecutar conjuntamente la acción requerida.

En aras de aterrizar los argumentos aquí defendidos a propósito de la posibilidad de una estructura de imputación como la coautoría en un injusto imprudente se ha utilizado el ejemplo de las decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados. Estas constelaciones, dada su inherente complejidad, no solo generan la oportunidad de indagar las relaciones entre la coautoría y otras formas de intervención delictiva, sino que, además, ofrecen ocasión de someter a análisis crítico una extendida suposición que ha sido resistida a lo largo de esta investigación, a saber: la de que la coautoría únicamente vendría en consideración como mecanismo subsidiario ante un déficit de antinormatividad y, por ende, ante la imposibilidad de aplicar la autoría directa.

Por último, el reconocimiento y tratamiento de instancias de mera pluralidad de autorías, no constitutivas de coautoría, aunque no sean estrictamente la contracara de esta última, permiten perfilar de manera más acabada los límites de una autoría compartida. Lo que tradicionalmente se ha denominado “autoría accesoria” o “autoría paralela”, muy común en el ámbito de la imprudencia, en realidad, no representa una modalidad de intervención delictiva, sino grupos de casos en los que convergen extensionalmente el comportamiento de dos o más sujetos, ocasionalmente de manera similar a la coautoría, pero cuya intensidad contrasta cualitativamente con esta última.

CONCLUSIONES FINALES

1. La coautoría en un injusto imprudente representa una estructura de imputación plenamente factible. Sin embargo, la construcción de dicha estructura necesariamente presupone un análisis coordinado de los elementos internos de cada una de las categorías dogmáticas implicadas: la coautoría, como modalidad de autoría propia de un sistema diferenciado de intervención delictiva, y de la imprudencia, como criterio de imputación subjetiva.

2. Uno de los principales puntos de apoyo para comprender y desarrollar las funciones de cada uno de tales institutos parte por el reconocimiento de su carácter adscriptivo. Para lo anterior, la distinción entre norma de comportamiento y reglas de imputación se presenta como una herramienta conceptual y metodológicamente indispensable, pues permite detectar que tanto la coautoría como la imprudencia no forman parte de la pregunta acerca de *qué es* aquello que para dos o más sujetos resulta prohibido (o es requerido) ejecutar, sino más bien *cómo y por qué*, respectivamente, podría resultarles imputable el quebrantamiento de una norma de comportamiento. En este sentido, la coautoría (y las demás modalidades de intervención delictiva), junto con la imprudencia (y el dolo), comparten un rasgo común: no son categorías destinadas directamente a la protección de bienes jurídicos, sino que desempeñan la función de garantizar los contornos de una atribución racional y legítima de responsabilidad penal.

3. En contraste con la opinión mayoritaria, cabe concluir que las concepciones unificadoras de intervención delictiva no necesariamente infringen el principio de legalidad, ya que no siempre redundan en una ampliación del objeto de imputación. Con todo, un modelo diferenciador sigue siendo preferible, pues se ajusta mejor a exigencias de índole político-criminal, tales como las impuestas por los principios de lesividad y de proporcionalidad. Por otro lado, las concepciones unificadoras se edifican sobre la base de una fundamentación homogénea para la imputación de los distintos comportamientos, allí donde no siempre existe dicha identidad. Por esto, una concepción diferenciadora exhibe la decisiva ventaja de poder reflejar las distintas formas mediante las cuales un sujeto puede relacionarse individualmente con dicho *objeto* común de imputación. A tales formas cabe denominar *bases* de imputación, y su diferenciación permite cumplir con los requerimientos impuestos por el principio de autorresponsabilidad.

4. A diferencia de lo que señalan las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales, todavía ampliamente dominantes en la discusión actual, las modalidades de intervención delictiva no constituyen un problema de antinormatividad, propiamente tal, sino de

imputación. Los criterios de autoría y de participación no responden a la pregunta de si un comportamiento se encuentra o no prohibido, sino cómo —esto es, a qué título— se atribuye responsabilidad por ese objeto de imputación. Según la clase de relación agencial susceptible de fundamentar entre un sujeto y el *objeto* de imputación, este puede imputarse *a título propio*, a través de alguno de los criterios de autoría, o bien, *a título de participación*, mediante alguna de las formas de intervención accesoria. En particular, los criterios de autoría se diferencian entre sí por la *estructura* agencial con arreglo a la cual tiene lugar la imputación de un hecho a título propio. A la autoría directa subyace una relación de agencia inmediata con el hecho; la autoría mediata descansa en una relación agencial que se transfiere del instrumento al autor mediato; y, por último, la coautoría se fundamenta en una relación de agencia compartida entre dos o más sujetos y el hecho que es objeto común de imputación. La principal consecuencia de lo anterior reside en el carácter heterogéneo de tales criterios de autoría y en el carácter constitutivo de sus elementos conceptuales. Dado su carácter básico, la autoría directa solo representa el arquetipo entre los tres criterios de autoría más extendidos, pero no, en cambio, un prototipo para los demás. Por esto, los presupuestos constructivos de la autoría mediata y de la coautoría no necesitan descansar sobre la base de la autoría directa.

5. En virtud de su carácter adscriptivo, dolo e imprudencia no se distinguen en atención a la norma de comportamiento quebrantada. Ambos criterios fijan condiciones bajo las cuales un hecho resulta subjetivamente imputable a uno o más sujetos. Sin embargo, entre dolo e imprudencia sí existe una diferencia cualitativa, en atención a la distinta evitabilidad que fundamentan. A quienes se imputa un hecho a título doloso, a la vez, se atribuye un conjunto de capacidades físicas y epistémicas cuyo ejercicio les habría permitido —en caso de habérselo propuesto— evitar la realización de un tipo delictivo. En cambio, la imprudencia presupone un déficit en la capacidad actual de evitación, dado que los sujetos desconocen que su comportamiento ejemplificará la clase de acción especificada en un tipo delictivo, o bien, carecen de las capacidades físicas necesarias para evitar su realización. Dicho déficit, sin embargo, podría haberse evitado si los agentes hubiesen adoptado una medida de cuidado que asegurase sus respectivas capacidades. Por esto, la imprudencia representa una estructura de imputación *extraordinaria*: presupone la exclusión del dolo, pero a la vez un fundamento adicional que permita sustentar una capacidad de evitación secundaria. Esta comprensión de la imprudencia repercute directamente en el modo en que se construye el “nexo de imputación”, esto es: en función de la falta de adopción de la específica exigencia de cuidado que hubiese permitido a los agentes estar en condiciones de evitar una concreta instancia de realización típica.

De lo anterior, puede desprenderse que la noción de “capacidad de acción” resulta ser más básica que la de acción, en el específico sentido de que la primera de ellas abarca no solo aquello que, de manera efectiva, uno o más sujetos podrían haber evitado actualmente (en cuyo caso, procede una imputación a título de dolo), sino también aquello que uno o más sujetos podrían haber estado en condiciones de evitar, si hubiesen asegurado sus respectivas capacidades de evitación (en cuyo caso, procede una imputación a título de imprudencia).

6. Precisamente porque la diferencia entre un injusto doloso y un injusto imprudente no reside en el objeto de imputación, sino en la forma de evitabilidad de ese *mismo* hecho, no existen razones convincentes para proceder con arreglo a modelos distintos de intervención delictiva en uno y otro ámbito. En efecto, los mismos argumentos que hablan en favor de la aplicación de un modelo diferenciador de intervención delictiva en el injusto doloso, operan también cuando el hecho resulta imputable a título imprudente. En el contexto de Códigos penales —como el español y el chileno, por ejemplo— cuya regulación de las formas de autoría y de participación no distingue si se trata de hechos dolosos o imprudentes, representaría una inconsistencia sistemática y axiológica alterar las reglas generales, para proceder de acuerdo con un sistema unificador solamente en casos de imprudencia. A la defensa de un sistema diferenciador en el injusto imprudente no afecta el hecho de que ciertos tipos de la Parte especial estén redactados con verbos causativos, pues aun bajo tales condiciones puede distinguirse *semánticamente* entre acciones principales y acciones auxiliares. Adicionalmente, la renuncia al principio de accesoriedad en el ámbito del injusto imprudente genera el riesgo de retornar a versiones del —con razón— ya superado *versari in re illicita*, pues bastaría con que un sujeto infringiera una medida de cuidado para devenir en autor del suceso resultante, con independencia de la modalidad a través de la cual se involucre objetivamente en él. A pesar de que, ciertamente, todo sujeto a quien resulta imputable un hecho imprudente infringe una exigencia de cuidado, este no será autor *por* esta razón. Al contrario, lo que distingue a las modalidades de autoría es habilitar la imputación de un hecho a título propio, lo cual responde únicamente a la pregunta acerca de cómo se imputa ese hecho. En consecuencia, dicho interrogante se responde del mismo modo, sea que el hecho se impute a título doloso o imprudente. Debido a lo anterior, no es metodológicamente conveniente, ni tampoco necesario, articular un concepto de autoría exclusivamente aplicable al injusto imprudente.

7. Que la imprudencia revista el estatus de regla de imputación tiene importantes consecuencias para la lectura del régimen de *numerus clausus*, bajo el cual generalmente se encuentra disciplinada su incriminación. En efecto, la función de dicho sistema es supeditar la operatividad de la imprudencia, como criterio subsidiario de imputación, a la

condición de que la respectiva *norma de sanción* así lo exprese. Por esto, la limitación que incorpora dicho sistema de punición consiste en que los tipos delictivos respecto de los cuales no se encuentre prevista la imprudencia como criterio de imputación subjetiva solo podrán imputarse a título de dolo. Sin embargo, el *numerus clausus* no opera sobre las reglas de imputación de la Parte general, entre las que se encuentran las modalidades de intervención delictiva. Esto se debe a que tales categorías no son “acciones u omisiones prohibidas”, sino estructuras por medio de las cuales pueden imputarse tales acciones u omisiones. En estricto sentido, lo “imprudente” no es una propiedad predicable de la autoría, sino del hecho que satisface la descripción de un tipo de la Parte especial, y que, *además*, resulta imputable a título de autoría, o bien, de participación. Lo anterior permite concluir que, en realidad, la pregunta crucial no debe formularse bajo los términos de si un sistema diferenciador es o no “extensible” al injusto imprudente, dado que ello daría por supuesto que las modalidades de intervención delictiva han sido originariamente concebidas solo para el injusto doloso.

8. De este modo, no solo es factible, sino también indispensable advertir el carácter *categorialmente independientes* que revisten los criterios de imputación subjetiva, por un lado, y las modalidades de intervención delictiva, por el otro. Los primeros están consagrados a determinar si acaso el o los sujetos se encontraban en condiciones físicas y epistémicas (actuales o no) de evitar la realización de un determinado tipo delictivo, mientras que las segundas permiten especificar la clase de vínculo agencial (directo o indirecto) identificable entre ese hecho y uno o varios sujetos respecto de quienes puede predicarse la posibilidad de haber ejercido (directa, mediata o conjuntamente) alguna de esas formas de evitabilidad.

Sin embargo, lo anterior no debe obstar al reconocimiento de una relación funcional entre ambas clases de categorías, que las torna *pragmáticamente dependientes* entre sí. En efecto, la respuesta acerca de *cómo* uno o varios sujetos responden por el comportamiento que se les imputa presupone razones que justifiquen *por qué* este hecho podría atribuírseles. A su vez, la forma concreta de comportamiento que tal o tales sujetos tendrían que haber omitido o tendrían que haber ejecutado para evitar la realización del respectivo tipo no es insensible a la clase de acción (principal o de favorecimiento) y a la clase de relación agencial (inmediata, mediata o compartida) que le subyace. De ahí que, en definitiva, el criterio de imputación subjetiva y la respectiva modalidad de autoría (o de participación) sean conjuntivamente necesarias para responder a la pregunta acerca de la concreta capacidad de evitación de uno o más sujetos.

9. Un análisis desde la teoría de la acción favorece sustancialmente la comprensión y desarrollo del objeto, la estructura y los presupuestos de la coautoría como criterio de

imputación jurídico-penal. Desde este punto de vista, la marca característica que exhibe la coautoría consiste en que se edifica sobre la base de una acción conjunta. A su vez, las acciones conjuntas presentan la particularidad de ser acciones compuestas, esto es: acciones constituidas a partir de la reunión de acciones componentes, pero que no se dejan reducir a la mera suma de tales partes. De esta básica nota se deriva el carácter irreductible y constitutivo de la coautoría frente a la autoría directa. Este rasgo permite explicar por qué, por un lado, la coautoría puede desempeñar una *función potencialmente constitutiva* de punibilidad, allí donde la autoría directa no se encuentra disponible, y por qué, por otra parte, la afirmación de una relación de coautoría no es necesariamente fútil, allí donde sí es posible (también) afirmar una pluralidad de autorías directas.

10. Lo anterior contrasta con la aproximación de las teorías predominantes en la discusión actual acerca de la estructura y fundamento de la coautoría. En efecto, tales teorías generalmente se encuentran ancladas a una comprensión reductivista de la coautoría, en la medida en que, con mayor o menor grado de explicitud, tienden a adaptar los presupuestos de esta estructura de imputación a los de la autoría directa. Esto es particularmente claro en las teorías objetivo-formales ortodoxas, que identifican autoría con tipicidad; pero también en el criterio del dominio funcional del hecho, pues la proclamación de varias figuras centrales del suceso contrasta con la circunstancia de que alguien únicamente puede dominar aquello que se encuentra individualmente bajo su control. Tras estas tendencias individualizadoras y reductivistas de la coautoría subyace la sospecha de que la responsabilidad por acciones conjuntas en sí misma descansaría en una anomalía, a saber: la de que no se estaría respondiendo por hechos totalmente propios. Este diagnóstico aparece confirmado por la casi incuestionada vigencia del llamado principio de imputación recíproca, bajo cuya estructura la responsabilidad de cada coautor se funda en la imputación de un hecho “como si” lo hubiese ejecutado de propia mano. Sin una ulterior precisión, la imputación recíproca riñe con el principio de autorresponsabilidad, conduce a una multiplicación de tantos hechos como coautores intervengan, y, en definitiva, deja escondido cuál es el verdadero objeto de imputación: la realización de un comportamiento conjunto.

11. A partir del principio de imputación recíproca tiende a fagocitarse una operación compositiva en otra de índole adscriptiva. Sin embargo, ambas operaciones han de diferenciarse, para lo cual es indispensable atender a la *doble lectura* de la que son susceptibles los comportamientos de los coautores: una lectura atómica y otra unificadora. Bajo la primera de ellas, el comportamiento de cada sujeto es interpretado estrictamente desde su individualidad. Bajo la lectura unificadora, en cambio, el mismo comportamiento admite ser interpretado como la “parte de una acción conjunta”. El *objeto común* de imputación entre los potenciales coautores está constituido por la acción

conjunta a cuya composición contribuyen sus acciones individuales, y que representa el quebrantamiento conjunto de una norma de comportamiento. Las contribuciones individuales, en cambio, designan la *base individual* que fundamenta por qué esa acción conjunta resulta imputable a cada uno de los potenciales coautores. En consecuencia, si bien es cierto que, para la *composición* de una acción conjunta es indispensable relacionar y unificar el comportamiento de dos o más agentes, una vez generada dicha acción, para cada coautor la *imputación* a título propio recae sobre dicha acción conjunta, y no respecto de las demás acciones componentes, que siguen siendo estrictamente individuales.

En virtud de una lectura diferenciadora como la anterior pueden compatibilizarse dos aspectos fundamentales: por un lado, el reconocimiento del principio de autorresponsabilidad y, por el otro, el carácter irreductible y constitutivo de la imputación a título de coautoría.

12. Al interior de la coautoría, el nexo intersubjetivo entre los potenciales coautores y las contribuciones materiales al hecho no constituyen elementos independientes entre sí, sino más bien complementarios. El presupuesto capital para que dos o más sujetos puedan ser calificados jurídico-penalmente como coautores descansa en la identificación de la asunción y aplicación de un patrón unitario de comportamiento. A su vez, la atribución de dicho patrón es posible mediante la identificación de compromisos cognitivos y prácticos consistentes entre los intervinientes, expresados a través de contribuciones que han de exhibir simetría funcional de cara a la composición de un comportamiento que satisface la descripción de un tipo delictivo.

13. Sin embargo, la convergencia cognitiva e intencional entre los potenciales coautores no está referida directamente a la realización de un tipo delictivo, sino a la realización de una acción conjunta que, eventualmente, ejemplificará la descripción de alguna clase de acción especificada en algún tipo delictivo. La comprensión tradicional según la cual el nexo intersubjetivo entre los coautores reconocería como objeto de referencia un hecho delictivo —rastreado históricamente a la concepción de la coautoría como una forma de complot— no permite diferenciar dos distintos contenidos epistémicos: creer o saber que se actúa conjuntamente con otro u otros, por un lado, y advertir o ignorar las distintas descripciones que dicho comportamiento conjunto eventualmente podría satisfacer, por el otro.

14. Las contribuciones materiales de los potenciales coautores necesitan expresarse bajo la forma de una relación simétrica, que permita explicar por qué a cada uno puede imputarse ese mismo hecho a título propio. Esta relación puede calibrarse con arreglo a la interdependencia funcional de tales comportamientos, de manera tal que sean

susceptibles de interpretar como una *unidad típica de acción*. Para el quebrantamiento *conjunto* de una norma no es necesario que cada aporte, en sí mismo, sea típico, dado que el objeto de imputación está constituido por la acción compuesta de la reunión de tales contribuciones.

No es indispensable que cada aporte sea individualmente causal para la producción del resultado. La comprensión produccionista anclada a la exigencia de causalidad individual pasa por alto que lo peculiar de una acción conjunta descansa precisamente en que aquello que *individualmente producen* los coagentes no es coextensivo con lo que *conjuntamente hacen*. En lugar de ello, cabe concluir lo siguiente: en virtud de lo que individualmente contribuye (base de imputación), cada coautor puede responder por las consecuencias causales derivadas de las acciones que realiza conjuntamente con otros (objeto de imputación).

Tampoco es indispensable que todos los coautores intervengan en fase ejecutiva. Lo anterior suele ser exigido por un importante sector doctrinal, a raíz de extrapolar la estructura de la autoría directa a la de la coautoría. Sin embargo, una vez abandonada dicha premisa, no hay razones suficientes para convertir dicho factor temporal en un presupuesto conceptual. Es plenamente factible que uno de los potenciales coautores — sin que medie una instancia de autoría mediata o de mera inducción— configure sensiblemente el patrón de agencia que será aplicado por otro u otros, o bien, que la actuación de estos últimos represente una continuación de la acción iniciada por el primero, en cuyo caso eventualmente podría sustentarse una interpretación unificadora del comportamiento compuesto por el total de las contribuciones.

15. No hay impedimentos legales ni teóricos para que dos o más sujetos puedan ser coautores en un hecho que les resulte imputable a título de imprudencia. Puesto que el régimen de *numerus clausus* opera como clausura de la punición de hechos imprudentes, lo que dicha regla disciplina es precisamente el castigo de hechos a título de imprudencia, pero no las modalidades de intervención delictiva aplicable a tales hechos. La objeción según la cual la admisión de una coautoría en el injusto imprudente supondría una *analogía in malam partem* padece el defecto de construirse sobre una visión de coautoría originariamente concebida para el injusto doloso. Sin embargo, los presupuestos internos de la coautoría no se articulan en función de un específico criterio de imputación subjetiva, sino de elementos cuyo sentido consiste exclusivamente en posibilitar la atribución del quebrantamiento conjunto de una norma a dos o más sujetos. Por esto, desde un inicio se encuentra descaminada la comprensión de la llamada resolución conjunta al hecho como una suerte de “dolo común”. No es convincente la objeción de que en los delitos imprudentes faltaría un fundamento para la imputación recíproca, pues

el carácter recíprocamente vinculante del patrón de comportamiento aplicado por dos o más sujetos es independiente del criterio que permitirá imputarles subjetivamente un hecho. Por último, tampoco es correcta la crítica según la cual, tratándose de un injusto imprudente, los sujetos solo podrían realizar conjuntamente un comportamiento contrario a cuidado, pero no así el hecho, dado que este último incluiría la producción de un resultado no previsto por los coagentes. Esta objeción pasa por alto que se trata siempre de *un mismo hecho*, mientras que lo doloso o imprudente no es una *propiedad* añadida al hecho, sino un *juicio de imputación* predicable de la capacidad de evitación que asistía a uno o más sujetos. Que estos últimos no hayan previsto —aunque fuese previsible— que su comportamiento produciría un determinado resultado es un elemento de la propia naturaleza del injusto imprudente. Por último, un déficit compartido es plenamente factible, ya que nada impide que dos o más sujetos ignoren las mismas circunstancias fácticas, habiendo podido, sin embargo, estar en condiciones de apreciarlas correctamente, si hubiesen ejercido de manera apropiada y oportuna sus respectivas capacidades cognitivas. Lo mismo rige respecto del aseguramiento de sus capacidades físicas de evitación. La posibilidad de un fracaso o fallo colectivo está presente en la realidad cotidiana, sin que existan razones convincentes para suponer que únicamente pueden ser conjuntas las obras exitosas, pero no así las deficitarias.

16. La doctrina detractora de la posibilidad de coautoría en un injusto imprudente asume que el universo de casos susceptibles de resolver a través de tal estructura de imputación son reconducibles a la pluralidad de autorías directas. Sin embargo, la capacidad de rendimiento de sendas autorías paralelas no está en condiciones de satisfacer semejante nivel de expectativas. Ciertamente, hay supuestos en los que podría generarse una superposición entre las estructuras de la autoría directa y de la coautoría. En estos últimos, en lugar de superflua, la afirmación de una coautoría aun podría resultar cualitativamente más parsimoniosa, en la medida en que la afirmación de un solo quebrantamiento de la norma (y no de múltiples lesiones a un mismo bien jurídico) se corresponda mejor con el suceso efectivamente acaecido. Sin embargo, en los casos en que no se genera aquella superposición, como ocurre en algunos ciertos de causalidad cumulativa y, especialmente, en los que existe incertidumbre en cuanto al nexo causal, la imputación de sendas autorías paralelas infringe directamente el principio de autorresponsabilidad, al utilizarse el efecto constitutivo de punibilidad propio de la coautoría, pero sin construirse la relación agencial compartida que permitiría sustentar dicha solución.

17. Justamente un exagerado énfasis en la función *potencialmente* constitutiva de punibilidad que desempeña la coautoría, de manera paradójica, representa uno de los principales puntos débiles detectables en diversas construcciones que sí favorecen la posibilidad de una coautoría en el injusto imprudente. En contra de lo anterior, cabe aquí

concluir que esta estructura de imputación no puede ni debe concebirse como un mero mecanismo destinado a “tapar agujeros”, ni tendente a compensar déficits de causalidad. Antes bien, el reconocimiento de una coautoría en el injusto imprudente puede exhibir esa *consecuencia* derivada del *carácter inherentemente* constitutivo de los presupuestos de esta forma de autoría, cuya función no se reduce simplemente a operar de manera subsidiaria a la autoría directa.

Otro de los déficits detectables en los principales modelos constructivos de coautoría en el injusto imprudente descansa en la tendencia a alterar los presupuestos de la coautoría con el objetivo de adaptarlos al injusto imprudente. De este modo, un importante sector de la doctrina sugiere que, en este ámbito, tanto el nexo intersubjetivo entre los coautores, como sus contribuciones materiales, tendrían que estar referidas a la creación conjunta de un riesgo. Estas estrategias teóricas se muestran particularmente sensibles a la crítica según la cual los elementos originarios de la coautoría, presuntamente, no serían compatibles con el injusto imprudente. Esta es una concesión que no se justifica, justamente porque los presupuestos de la coautoría no están pensados para un criterio de imputación subjetiva en particular, amén de que conduce a una duplicación del concepto de coautoría, exponiéndose innecesariamente a la etiqueta de “soluciones *ad hoc*”.

18. La diferencia entre la coautoría en un injusto doloso y un injusto imprudente descansa precisamente en el criterio de imputación subjetiva que resulta aplicable. Ello no determina una modificación de los presupuestos constructivos de la coautoría, sino solo de la estructura bajo la cual se desenvuelve esta forma de autoría. En consecuencia, no es apropiado contraponer una “coautoría dolosa” frente a otra “coautoría imprudente”.

19. Si dos o más sujetos ejecutan conjuntamente una acción, disponiendo de las capacidades físicas y epistémicas necesarias para abstenerse de ella, y además advierten la posibilidad de que su comportamiento conjunto satisfará las circunstancias fácticas descritas en un tipo delictivo, entonces cabe predicar a su respecto una *evitabilidad intencional conjunta*, fundante de dolo. En contraste, la coautoría en un injusto imprudente presupone la realización de un comportamiento conjuntamente deficitario, cuya particularidad reside en que el déficit no descansa en la relación agencial, sino en una falta de evitabilidad conjunta, específicamente referida a la realización de un tipo delictivo.

De este modo, la coautoría en un injusto imprudente se articula sobre la base de dos niveles de análisis. En primer lugar, es necesario que dos o más sujetos compartan la creencia (verdadera) de que el comportamiento que cada uno individualmente ejecuta u omite ejecutar es parte componente de una acción u omisión conjunta, pero, sin embargo,

desconocen que ella satisfará la descripción de un tipo delictivo; o bien, carecen de la capacidad física necesaria para evitar su realización. A raíz de lo anterior, en primer lugar, cabe descartar la imputación de un injusto doloso a título de coautoría. En segundo lugar, si, pese a lo anterior, de haber adoptado alguna medida de cuidado que hubiese asegurado sus respectivas capacidades de evitación, tales sujetos habrían dispuesto de la posibilidad —en caso de proponérselo— de omitir la ejecución de un comportamiento prohibido, o bien, de ejecutar un comportamiento que les era requerido, entonces la realización del respectivo tipo (comisivo u omisivo) podría imputárseles extraordinariamente a título de coautores, sobre la base de una *inevitabilidad evitable conjunta*.

20. El primer presupuesto constructivo de esta estructura de imputación, al igual que en un injusto doloso, está dado por la realización conjunta del hecho. Para ello, como en general, las contribuciones de dos o más sujetos han de insertarse en una relación de complementariedad, expresiva de una simetría que pueda calibrarse con arreglo a su interdependencia funcional. Aquí pueden ingresar con facilidad aquellos casos en que media una relación de causalidad cumulativa entre los distintos aportes. Sin embargo, nada obsta al reconocimiento de una potencial “coautoría vertical”, en la medida en que los aportes prestados durante la fase previa a la ejecución revistan una entidad configuradora. Puesto que la relación de causalidad no se establece entre los aportes individuales y el resultado correspondiente, sino entre este y la acción conjunta, los casos de “coautoría aditiva” no representan ninguna anomalía. Puede existir coautoría en un supuesto como el conocido *Caso de las rocas rodantes*, pues, aunque se ignore cuál de las acciones individuales causó el resultado lesivo, se sabe, sin embargo, que ha sido una de las partes de una acción ejecutada conjuntamente. Esto es una consecuencia de una de las tesis defendidas en esta investigación: la “pregunta agencial” reviste prioridad analítica respecto de la “pregunta causal”, pues los términos en los que esta última puede ser planteada, dependen de la respuesta que se obtenga de la primera de ellas. Esto explica que, en contraste, en aquellos casos en que no es posible reconocer una relación de agencia compartida, la solución ha de ser la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

De acuerdo con las reglas generales, no se constituye una relación de coautoría cuando uno o más sujetos realizan comportamientos auxiliares que, de manera contraria a cuidado, fundamentan un déficit de competencia en otro u otros (dando así lugar a una estructura de autoría mediata por imprudencia), o bien, cuando tales acciones auxiliares, ejecutadas también de manera contraria a cuidado, exhiben solamente un efecto de favorecimiento (dando así lugar a una estructura de participación por imprudencia). Tampoco se constituye una relación de coautoría en los casos en que, incluso cuando dos o más sujetos actúan conjuntamente de manera contraria a cuidado, no se configura un quebrantamiento *conjunto* de la norma, por carecer alguno de ellos de acceso al tipo. Esto

ocurre no solamente en los delitos especiales propios, sino también en los casos de actuación conjunta a propio riesgo, esto es, supuestos de “cuasi-coautoría” imprudente.

Cuando el déficit en la capacidad conjunta de evitación de los sujetos en cuestión descansa en una creencia errónea, este déficit únicamente debe afectar a la circunstancia de estar realizando conjuntamente un hecho delictivo, mas no a la de estar actuando conjuntamente. En este sentido, el desconocimiento o la ignorancia de la realización típica no ha de alterar el “*modo-actitudinal*” bajo el cual se padece este déficit, y que necesita dar cuenta de un fallo compartido. Se trata de un *error extensional* (o de referencia) en cuanto al alcance de las consecuencias causales que se derivarán de la realización de una acción conjunta, pero no así, sin embargo, de un *error intensional* (o de sentido) referido al carácter conjunto de dicha acción. Por esta razón, la mayoría de los comportamientos conjuntos imputables a imprudencia, si bien no son intencionales bajo la descripción típica, sí lo son bajo alguna otra descripción diversa. Tomando como referencia el clásico *Caso de la viga*: los operarios no matan intencionalmente a un transeúnte por la vía de arrojar encima suyo una pesada viga, pero sí ejecutan intencionalmente la acción conjunta que causa su muerte.

21. Afirmada la presencia de un déficit en la capacidad de dos o más sujetos para evitar la realización conjunta de un tipo delictivo, del mismo modo que en la autoría individual, corresponde interrogar si acaso dicho déficit podría haber sido evitado, si tales sujetos hubiesen adoptado una exigencia de cuidado. Este es el segundo presupuesto constructivo de una coautoría en un injusto imprudente. Para ello, basta con que los compromisos cognitivos e intencionales de los potenciales coautores se refieran a la realización del sustrato fáctico de un comportamiento que habría ameritado de parte suya la adopción de alguna medida de cuidado. No es necesario, en cambio, que actúen con la intención de ejecutar un proyecto de acción peligroso, ni tampoco que el comportamiento conjunto que supera el riesgo permitido represente para ellos un objetivo común. Sin embargo, no es suficiente la mera cognoscibilidad de que el comportamiento propio podría converger extensionalmente con el de otro u otros, pues entonces ya no habría una acción conjunta.

Es indispensable que el comportamiento de los potenciales coautores sea conjuntamente contrario a cuidado. Así como dos o más sujetos pueden quebrantar conjuntamente una norma de comportamiento, nada impide que su comportamiento conjunto represente una infracción unitaria de estándares deónticos articulados bajo la forma de una exigencia de cuidado. No es estrictamente indispensable que las exigencias de cuidado infringidas por los potenciales coautores sean idénticas en contenido. Lo fundamental es que la adopción de tales medidas les hubiesen suministrado una capacidad de evitación conjunta. En lugar de una mera agregación de comportamientos individuales contrarios a cuidado, debe

tratarse entonces de medidas de cuidado funcionalmente vinculadas entre sí. El *explanandum* de toda potencial coautoría en un injusto imprudente ya se encuentra determinado por la realización conjunta del hecho. Por esto, su *explanans* debe elaborarse por referencia al fallo colectivo que representan los comportamientos contrarios a cuidado de los intervinientes en cuestión, y no por referencia a meros descuidos independientes.

22. El nexo de imputación no es un límite a la imputación a título de imprudencia, sino un elemento constitutivo del injusto imprudente. En los supuestos de coautoría, la infracción unitaria de una exigencia de cuidado no solo ha de explicar por qué dos o más sujetos han realizado un tipo delictivo bajo condiciones de inevitabilidad actual; además de ello, debe explicar por qué lo han realizado conjuntamente bajo tales condiciones.

23. Esta estructura de imputación es plenamente aplicable a delitos impropios de omisión. Para ello, es necesario que, junto con los presupuestos de la coautoría y del injusto imprudente, se satisfagan los requisitos de los cuales depende el quebrantamiento de una norma de requerimiento (o de mandato). De acuerdo con las reglas generales, es necesario que cada uno de los potenciales coautores exhiba una posición de garante, y que la no ejecución conjunta de una acción impeditiva del resultado en cuestión sea equivalente materialmente a la ejecución de una acción productiva del mismo. No es indispensable que los coautores revistan una misma posición de garante, en la medida en que sus respectivas relaciones de garantía compartan el mismo objeto de referencia: proteger un mismo bien jurídico, o bien, controlar una misma fuente de peligro. También es necesario que a los potenciales coautores se les haya generado, en sentido práctico, la oportunidad para ejecutar conjuntamente la respectiva acción impeditiva, sin que se trate simplemente de omisiones independientes entre sí. El déficit de capacidad de acción de los co-garantes debe reconducirse igualmente a la falta de adopción de una exigencia de cuidado que les hubiese permitido estar en condiciones —para el caso de habérselo propuesto— de ejecutar conjuntamente alguna acción impeditiva o de salvamento.

24. La coautoría en el injusto imprudente es una estructura de imputación que puede exhibir un alto rendimiento práctico en el ámbito de las decisiones adoptadas al interior de órganos colegiados. En contraste con un sector doctrinal que estima innecesario recurrir a la coautoría, especialmente en casos de resultados sobrecondicionados, cabe concluir que esta estructura de imputación sigue mostrando una alta utilidad. La afirmación de una pluralidad de autorías directas generalmente no se corresponde con la dinámica propia de tales actuaciones, eminentemente colectivas, ni tampoco ofrece una respuesta acerca de las condiciones bajo las cuales un sujeto podría haber evitado producir un determinado resultado, a saber: conjuntamente con otros.

25. La coautoría es la forma paradigmática de pluralidad de autorías, pero no la única. Es necesario entonces distinguirla de las instancias de autorías paralelas, que no son propiamente una modalidad de intervención delictiva. La diferencia crucial entre ambas reside en que los comportamientos de los potenciales coautores pueden someterse tanto a una lectura atómica como a otra unificadora; en cambio, el comportamiento de los autores paralelos únicamente soporta una lectura individualizadora. Esto último determina que la afirmación de sendas autorías paralelas esté supeditada a los requisitos propios de la respectiva instancia de autoría individual (directa o mediata). A diferencia de la coautoría, que permite reconocer la presencia de una unidad delictiva, las autorías paralelas dan lugar no solo a una pluralidad de autorías, sino también a una pluralidad de hechos delictivos. Tratándose de hechos imprudentes, la diferencia puede sintetizarse del siguiente modo: en los casos de coautoría, existe una actuación conjunta *con* imprudencia, mientras que en los de autorías paralelas se verifica una convergencia entre el comportamiento de dos o más sujetos *por* sus respectivas imprudencias.

26. A pesar de que la constitución de una acción conjunta solo requiere que el comportamiento de los potenciales coautores sea intencional bajo algunas de sus distintas descripciones posibles, es imprescindible que dicha descripción sea la misma para todos. De lo anterior cabe concluir que no es posible una coautoría con divergencia en los criterios de imputación subjetiva. Quien reconoce en su comportamiento una posible instancia de realización típica dispone de razones epistémicas que le permiten abstenerse inmediatamente de ejecutarlo. En cambio, quien ignora que su comportamiento podría satisfacer la descripción de un tipo delictivo ha de vencer un error para inferir la necesidad práctica de abstenerse de ejecutar ese comportamiento. En consecuencia, dado que la evitabilidad en uno y otro caso tiene un objeto de referencia diverso, no puede predicarse una capacidad de evitación conjunta en tales sujetos, ni, por ende, una relación de coautoría.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia española

STS 1122/1982 de 27 de septiembre de 1982

STS 4465/1991 de 4 de septiembre de 1991

STS 20999/1992 de 23 de abril de 1992

STS 19884/1994 de 2 de noviembre de 1994

STS 2888/1995 de 23 de mayo de 1995

STS 7827/1995 de 17 de julio de 1995

STS 1841/2000 de 1 de diciembre de 2000

STS 1936/2001 de 27 de octubre de 2001

Sentencia del Juzgado de Menores de Lugo 46/2010 de 5 de noviembre de 2010

SAP de Santa Cruz de Tenerife 155/2013 de 11 de abril de 2013

STS 805/2017 de 11 de diciembre de 2017

STS 541/2019 de 6 de noviembre de 2019

STS 351/2020 de 25 de junio de 2020

Jurisprudencia alemana

Sentencia del RG de 20 de enero de 1930 – II 230/29

Sentencia del OLG Schleswig de 27 de abril de 1981 – 1 Ss 756/80

Sentencia del BayObLG de 27 de abril de 1990 – RReg. 2 St 392/89

Sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 – 2 StR 549/89

Sentencia del BGH de 20 de noviembre de 2008 – 4 StR 328/08

Sentencia del BGH de 12 de enero de 2010 – 1 StR 272/09

Sentencia del LG Berlin de 27 de febrero de 2017 – 535 Ks 8/16

Sentencia del BGH de 18 de junio de 2020 – 4 StR 482/19

Jurisprudencia chilena

Sentencia del TOP de San Bernardo de 24 de agosto de 2012 – RUC N° 0800102576-8

Jurisprudencia suiza

Sentencia del BGE de 15 de mayo de 1987

BIBLIOGRAFÍA*

- ALCÁCER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.
- ANSCOMBE, G.E.M., *Intención* (trad. a cargo de Mosterín), Paidós, Barcelona, 1991.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte generale (PG)* (al cuidado de L. Conti), 16ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- ARTAZA VARELA, O., «La utilidad del concepto de coautoría para la imputación adecuada de conductas imprudentes en el marco de la actividad empresarial», *Perspectiva Penal Actual*, 1 (2012), pp. 11-62.
- AST, S., *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik: eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997.
- BAKER, A., «Quantitative parsimony and explanatory power», *British Journal for the Philosophy of Science*, 54 (2003), pp. 245-259.
- BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», *ADPCP* (1989), pp. 1091-1127.
- BALDÓ LAVILLA, F./SILVA SÁNCHEZ, J.-M. «V. Comentario Cuarto», en «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, 27 (1992), pp. 212-216.
- BECKER, C., *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

* Lo resaltado en negrita corresponde a la obra según es citada en el texto a partir de la segunda cita.

- BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906.
- BERNER, A. F., *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Carl Heymann, Berlin, 1847.
- BETTIOL, G., *Scritti Giuridici*, t. I, Cedam, Padova, 1966-1980.
- BIERLING, E. R., *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905.
- EL MISMO, *Juristische Prinzipienlehre*, t. V, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1917.
- BINDING, K., «Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“ über die „Teilnahme“», *Der Gerichtssaal*, **76 (1910)**, pp. 87-116.
- EL MISMO, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 8ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1913.
 - EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II-1, 2ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1991 (reimp. de la edición de Leipzig de 1914).
 - EL MISMO, «Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts», en *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1915, pp. 251-401.
 - EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV, Scientia Verlag, Aalen, 1965, (reimp. de la edición de Leipzig de 1919).
 - EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965, (reimp. de la edición de Leipzig de 1922).
- BINDOKAT, H., «Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht», *JZ* (1979), pp. 434-437.
- BIRKMEYER, K., *Die Lehre von der Teilnahme*, Otto Liepmann, Berlin, 1890.
- BIRNBACHER, D., *Tun und Unterlassen*, Reclam, Stuttgart, 1995.

- EL MISMO, «Unterlassungen», en KÜHLER/RÜTHER, *Handbuch Handlungstheorie*, J. B. Metzler, Stuttgart, 2016, pp. 90-98.
- BJÖRNSSON, G., «Essentially Shared Obligations», *Midwest Studies in Philosophy*, 38 (2014), pp. 103-120.
- BLOMBERG, O., «Practical Knowledge and Acting together», en CARTER *et al.* (eds.), *Socially Extended Epistemology*, 2018, pp. 87-110.
- BLOY, R., *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- EL MISMO, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA* (1996), pp. 424-442.
 - EL MISMO, «Recensión a la obra de S. Kamm, “Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999”», *GA* (2000), pp. 392-395.
 - EL MISMO, «Die Bedeutung des Irrtums über die Täterrolle», *ZStW*, 117 (2005), pp. 3-36.
- BOCKELMANN, P., *Relaciones entre autoría y participación* (trad. a cargo de Fontán Balestra), Abeledo, Buenos Aires, 1960.
- BÖHRINGER, J., *Fahrlässige Mittäterschaft: ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten*, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LA MISMA, *La Cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.
 - LA MISMA, «Poder de mando y autor tras el autor», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (coords.), *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas, t. I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario (LH-Schünemann)*, Gaceta Penal, Lima, 2014, pp. 157-175.

- LA MISMA, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *Indret*, 4 (2018), pp. 1-25.
- BOTTKE, W., *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Müller Jur. Verl., Heidelberg, 1992.
- EL MISMO, «Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung», *GA* (2001), pp. 463-481.
- BRANDOM, R., *Making it Explicit: reasoning, representing, and discursive commitment*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994.
- BRATMAN, M., *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge University Press, Cambridge, U.K.-New York, 1999.
- EL MISMO, *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BRENNENSTUHL, W., «Ziele der Handlungslogik», en LENK, (ed.), *Handlungstheorien interdisziplinär I*, Wilhelm Fink, München, 1980, pp. 35-66.
- BROWN, V., «Intersubjective Belief», *Episteme*, 16 (2019), pp. 139-156.
- BRUCK, F., *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Verlag von Wilhelm Koebner, Breslau, 1885.
- BURKHARDT, B., «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo» (trad. a cargo de Pastor Muñoz), en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.
- CARRARA, F., *Programa de Derecho criminal* (trad. a cargo de Ortega Torres), t. I, Temis, Bogotá, 1988.
- CARRUTHERS, P., *Consciousness. Essays from a Higher-Order Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 2005.

CASTIÑEIRA PALOU, M^a.T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R. «Concurrencia de culpas en accidentes laborales», *ADPCP* (2005), pp. 233-255.

CEREZO MIR, J., «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *ADPCP* (1975), pp. 41-56.

- EL MISMO, *Curso de Derecho penal español*, t. III, Tecnos, Madrid, 2005.

CHANT, S., «The Special Composition Question in Action», *Pacific Philosophical Quarterly*, **87** (2006), pp. 422-441.

CLARKE, R., *Omissions: agency, metaphysics, and responsibility*, Oxford University Press, New York, 2014.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general (PG)*, 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONTESSE SINGH, J., «La omisión impropia como hecho punible», en AMBOS *et al.* (coords.), *Reformas Penales*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2017, pp. 11-49.

- EL MISMO, «Tentativa de delito y concurso de personas en el hecho punible en la obra de Eduardo Novoa Monreal», en AMBOS/GUZMÁN DALBORA (eds.), *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2018, pp. 113-139.

CONTRERAS CHAIMOVICH, L., «La posición de garante del fabricante en el Derecho penal alemán», *Polít. Crim.*, **23** (2017), pp. 1-55.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, 2^a ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

- LA MISMA, «Delincuencia imprudente y Código penal de 1995», en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, t. I, vol. V, 1998.

- LA MISMA, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- LA MISMA, «La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–», en DÍEZ RIPOLLÉS *et*

al. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 593-615.

- LA MISMA, «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *DJP*, **4** (2011), pp. 3-30.
- LA MISMA, «Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (coords.), *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas, t. I. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario (LH-Schünemann)*, Gaceta Penal, Lima, 2014, p. 177-206.
- LA MISMA, «Artículo 143», en LA MISMA/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 518-526.
- LA MISMA, «Eficacia de la imputación “objetiva”», *THEMIS: Revista de Derecho*, **68** (2016), pp. 13-32.
- LA MISMA, «Participación y autoría accesoria», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo (LH-Bajo Fernández)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 70-89.
- LA MISMA, «Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública», *Revista de Bioética y Derecho*, **42** (2018), pp. 5-22.
- LA MISMA, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 87-129.

CORNACCHIA, L., *Concorso di colpa e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004.

COUSO SALAS, J., «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno. En memoria del profesor Mario Garrido Montt», *RCDCP*, **1** (2012), pp. 91-133.

- EL MISMO, «Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas», en VAN WEEZEL (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal:*

estudios en memoria de Enrique Cury, Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 619-657.

CUERDA RIEZU, A., «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* (1992), pp. 491-514.

DAN-COHEN, M., *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2002.

DANTO, A., *Analytical Philosophy of Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.

DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2001.

- EL MISMO, *Problems of Rationality*, Clarendon Press, Oxford, 2004.

DE LA FUENTE HULAUD, F., *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?: una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

DEHNE-NIEMANN, J., «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW*, **130** (2018), pp. 1035-1086.

DEL CASTILLO CODES, I., *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007.

DENCKER, F., *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

DERKSEN, R., «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *GA* (1993), pp. 163-176.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

- EL MISMO, «“Coautoría alternativa” y “coautoría aditiva”, ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 295-330.

- EL MISMO, «Autoría y participación», *REJ*, **10 (2008)**, pp. 13-61.

- DIEL, K., *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1997.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal español. Parte general (PG)* 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- EL MISMO, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- DONATSCH, A., «Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?», *SJZ*, **7 (1989)**, pp. 109-114.

- DONINI, M., «Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale», *DPC* (2017), pp. 1-26.

- DUFF, R. A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart, Oxford, 2007.

- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social* (trad. a cargo de Posada), 6ª ed., Colofón, México, D.F., 2007.

- DUTTGE, G., «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB)*, t. I (§§ 1-37), 3ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

- EL MISMO, «Das Fahrlässigkeitsdelikt im Zeitalter moderner „Katastrophen“», en JOERDEN/SCHMOLLER (coords.), *Rechtsstaatliches Strafen : Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017 (FS-Yamanaka)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 29-47.

- EISELE, J., «§ 25 Täterschaft», en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Giesecking, Bielefeld, 12ª ed., 2016.

- ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Scientia Verlag, Aalen, 1964 (reimpresión de la edición de Berlin de 1930).

- EL MISMO, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. a cargo de Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2008 (1931).
- EL MISMO, *La idea de concreción en el Derecho* (trad. a cargo de Gil Cremades), EUNSA, Pamplona, 1968 (1953).

EXNER, F., «Farhlässiges Zusammenwirken», en HEGLER *et al.* (eds.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. 16 August 1930*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (**FG-Frank**), Tübingen, 1930, pp. 569-597.

FALCONE, A., «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *Indret*, **3** (2017), pp. 1-32.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de “lege data” y de “lege ferenda”)), *CPC*, **62** (1997), pp. 303-365.

- EL MISMO, *Homicidio y lesiones imprudentes*, Edijus, Zaragoza, 1999.
- EL MISMO, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Bosch, Barcelona, 2001.
- EL MISMO, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FEUERBACH, P.J.A., *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (trad. de la 14ª ed. alemana de 1847 por Zaffaroni y Hagemeyer), Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FIANDACA, G./MUSCO, E., *Derecho penal. Parte general (PG)* (trad. de la 4ª ed. italiana a cargo de Niño), Temis, Bogotá, 2006 (2001).

FINCKE, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer Verlag, Berlin, 1975.

- EL MISMO, «Der Täter neben dem Täter», *GA* (1975), pp. 161-176.

FISCHER, M., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55ª ed., C.H. Beck, München, 2008,

- FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1931.
- FRANKFURT, H., *The importance of what we care about: philosophical essays*, Cambridge University Press, New York, 1988.
- FRANZHEIM, H., *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, De Gruyter, Berlin, 1961.
- FREGE, G., *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica* (trad. a cargo de Valdés Villanueva), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- FRENCH, P., «Complicity: That Moral Monster, Troubling Matters», *Criminal Law and Philosophy* (2016), pp. 575-589.
- FREUND, G./ROSTALSKI, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre (AT)*, 3ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2019.
- LOS MISMOS, «Normkonkretisierung und Normbefolgung», *GA* (2018), pp. 264-273.
- FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. a cargo de Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004 (1988).
- FRISTER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 7ª ed., C. H. Beck, München, 2015,
- FUENTES OSORIO, J.L., *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.
- GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968.
- GARCÍA CAVERO, P., «La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 353-391.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.

GILBERT, M., «Shared intention and personal intentions», *Philosophical Studies*, **144** (2009), pp. 167-187.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006 (1966).

- EL MISMO, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* (1994), pp. 5-60.
- EL MISMO, «La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión” », *ADPCP* (2000), pp. 29-132.
- EL MISMO, «A propósito de la “omissio libera in causa”», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, (LH-Bajo)*, 2016, pp. 91-102.

GINET, C., *On Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

GOLDMAN, A., *Theory of Human Action*, Princeton University Press, Princeton, 1970.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

- EL MISMO, «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», *RECPC*, 14 (2012), pp. 1-29.
- EL MISMO, «Concepto de acción y función clasificatoria: una retrospectiva metodológica», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (LH-Mir Puig)*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 595-606.
- EL MISMO, «I. Teoría general. Homicidio (arts. 138; 141-142 bis)», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 33-49.

GÓMEZ RIVERO, M^a.C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GONZÁLEZ LAGIER, D., *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

- EL MISMO, *Las paradojas de la acción*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ LILLO, D., «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, 2 (2019), pp. 1-42.

GRECO, L., «Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten», *ZIS*, 8-9 (2011), pp. 674-691.

- EL MISMO, *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, Marcial Pons, São Paulo, 2018.

- EL MISMO, «Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik», en JOERDEN/SCHUHR (coords.), *Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka, (GS-Hruschka)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, pp. 361-382.

GROPP, W., «Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung - miteinander oder nebeneinander», *GA* (2009), pp. 265-279.

- EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 4^a ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2015.

GROSSE-WILDE, T., «Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgzurechnung», *ZIS*, 10 (2017), pp. 638-661.

GÜNTHER, H.L., «Wer war der Täter?», *JuS* 5 (1988), pp. 386-390.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M^a., *La responsabilidad penal del coautor: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GUZMÁN DALBORA, J.L., «El delito experimental», *RDPC*, 2^a época, 19 (2007), pp. 289-308.

- EL MISMO, *Estudios y defensas penales*, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.
- EL MISMO, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- EL MISMO, *Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- EL MISMO, «El delito de atentado contra vehículos en circulación» *REJ*, 25 (2016), pp. 138-155.
- EL MISMO, «La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal», *Polít. Crim.*, 24 (2017), pp. 1228-1263.
- EL MISMO, «Sentido de la pena y reparación», *RDPC*, 3ª época, 18 (2017), 189-214.

HAAS, V., *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

- EL MISMO, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, 119 (2007), pp. 519-546.
- EL MISMO, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- EL MISMO, «Die Beteiligung durch Unterlassen», *ZIS*, 5 (2011), pp. 392-397.
- EL MISMO, «Vorbemerkung zu den §§ 25 ff.», en MATT/RENIKOWSKI, *StGB-Kommentar*, 1ª ed., Vahlen, München, 2013.
- EL MISMO, «§ 25 Täterschaft», en MATT/RENIKOWSKI, *StGB-Kommentar*, 1ª ed., Vahlen, München, 2013.
- EL MISMO, «Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft», *JR*, 3 (2014), pp. 104-114.
- EL MISMO, «Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung», *GA* (2015), pp. 86-100.

- EL MISMO, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental» (trad. García de la Torre), *InDret*, **1** (2016), pp. 1-31.
- EL MISMO, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tat bei Selbstgefährdungen und Selbstschädigungen des Opfers», en JOERDEN/SCHMOLLER (coords.), *Rechtsstaatliches Strafen : Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017 (FS-Yamanaka)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 71-89.

HÄLSCHNER, H., *Das preußische Strafrecht, Teil 2*, Scientia Verlag, Aalen, 1975 (reimpresión de la edición de Bonn de 1858).

HAMDORF, K., *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Iuscrim, Freiburg, 2002.

HANRATH, J., *Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)*, Tesis doctoral, Köln, 1941.

HARDTUNG, B., «§ 222 Fahrlässige Tötung», en JOECKS/MIEBACH (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB)*, t. IV (§§ 185-262), 3ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

HARE, R.M., *Freedom and Reason*, Clarendon Press, Oxford, 1963.

HÄRING, D., *Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2005.

HART, H.L.A., «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1948-1949), pp. 171-194.

- EL MISMO, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008 (1970).
- EL MISMO, *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012 (1960).

HEGEL, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (ed. a cargo de Valls Planas), Alianza, Madrid, 2005.

HEINE, H./WEIßER, B., «Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff.», en ESER (ed.), *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder-StGB)*, 30ª ed., München, 2019.

- LOS MISMOS, «§ 25 Täterschaft», en ESER (ed.), *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder-StGB)*, 30ª ed., München, 2019.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «Artículo 14», en COUSO SALAS/HERNÁNDEZ BASUALTO (dirs.), *Código penal comentado. Parte general*, Abeledo Perrot- Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2011.

- EL MISMO, «Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (accesoria)», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig (LH-Mir Puig)*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 607-616.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, C.H. Beck, München, 1977.

HONORÉ, A.M., «Can and Can't», *Mind*, 292 (1964), pp. 464-479.

HOYER, A., «Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag (FS-Puppe)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 515-530.

- EL MISMO, «Vorbemerkung vor § 25», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, t. I (§§ 1-37), 9ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.
- EL MISMO, «§ 25 Täterschaft», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, t. I (§§ 1-37), 9ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.

HRUSCHKA, J., *Strukturen der Zurechnung*, De Gruyter, Berlin, 1976.

- EL MISMO, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en ART. KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (FS-Bockelmann)*, Beck, München, 1979, pp. 421-441.
- EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1988.
- EL MISMO, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstatten», *JZ*, **1** (1997), pp. 22-27.
- EL MISMO, *Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación* (coord. y supervisión a cargo de Sánchez-Ostiz), 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

HUSAK, D., «Distraction and Negligence», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 81-93.

JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (PG)* (trad. de la 2ª ed. alemana a cargo de Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.

- EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (trad. a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997.
- EL MISMO, «Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition», en Putzke *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008 (FS-Herzberg)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 395-410.
- EL MISMO, «Intervención delictiva» (trad. a cargo de Sánchez-Vera Gómez-Trelles), *CPC*, **85** (2005), pp. 69-86.
- EL MISMO, «La denominada *actio libera in causa*» (trad. a cargo de González Rivero), en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 209-230.
- EL MISMO, *Teoría de la intervención* (trad. a cargo de Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

- EL MISMO, «Akzessorietät», en JOERDEN/SCHMOLLER (coords.), *Rechtsstaatliches Strafen : Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, (FS-Yamanaka)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 105-116.

JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 5ª ed. alemana a cargo de Olmedo Cardenete), Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación», en EL MISMO, *El criminalista*, t. IV, Zavalía, Buenos Aires, 1960, pp. 149-228.

- EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1977.

JOECKS, W., «§ 25 Täterschaft», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB)*, t. I (§§ 1-37), 3ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

JOERDEN, J., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

- EL MISMO, «Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven», en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2004, pp. 135-146.
- EL MISMO, *Logik im Recht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2ª ed., 2010.

JORGE BARREIRO, AG., *La imprudencia punible*, Tecnos, Madrid, 1990.

KAMM, S., *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (estudio preliminar de Cortina Orts, traducción y notas a cargo de Cortina Orts y Conill Sancho), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

KAUFMANN, ARM., *Teoría de las normas* (trad. a cargo de Bacigalupo Zapater, Garzón Valdés), Depalma, Buenos Aires, 1977 (1954).

- EL MISMO, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006 (1959).

- KIENAPFEL, D., «Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft», en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Heymann, Köln, 1971, pp. 21-58.
- KINDHÄUSER, U., *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- EL MISMO, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1989.
 - EL MISMO, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA* (1994), pp. 197-223.
 - EL MISMO, «Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 12.2.1997 – 2 StR 28/97», *NStZ*, 6 (1997), pp. 272-276.
 - EL MISMO, «Zum Begriff der Beihilfe», en DANNECKER *et al.* (coords.), Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag (*FS-Otto*), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, pp. 355-371.
 - EL MISMO, «El tipo subjetivo en la construcción del delito» (trad. a cargo de Mañalich), *InDret*, 4 (2008), pp. 1-35.
 - EL MISMO, «Cuestiones fundamentales sobre la coautoría» (trad. a cargo de Cancio Meliá), *RP*, 11 (2003), pp. 53-70.
 - EL MISMO, «Infracción de deber y autoría» (trad. a cargo de Mañalich), *REJ*, 14 (2011), pp. 41-52.
 - EL MISMO, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag (FS-Puppe)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 39-63.
 - EL MISMO, «Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado» (trad. a cargo de Mañalich), *REJ*, 22 (2015), pp. 15-29.
 - EL MISMO, *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2015.

- EL MISMO, «Zur Logik der Zurechnung. Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschkas», en JOERDEN/SCHUHR (eds.), *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka (GS-Hruschka)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, pp. 383-400.

KIRSCH, F., *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

KNAUER, C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, C. H. Beck, München, 2001.

KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)* Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.

KÖSTLIN, R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1970 (reimpresión de la edición de Tübingen de 1845).

- EL MISMO, *System des deutschen Strafrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1978, (reimpresión de la edición de Tübingen de 1855).

KRAATZ, E., *Die fahrlässige Mittäterschaft: ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

- EL MISMO, «Die fahrlässige Quasi-Mittäterschaft», *LL.B. - Zeitschrift des Studiengangs Recht-Ius*, 1 (2011), pp. 32-40.

KREUZBERG, B., *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

KÜPER, W., *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, Decker, Heidelberg, 1978.

KUTZ, C., *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

- EL MISMO, «Causeless complicity», *Criminal Law and Philosophy*, 1 (2007), pp. 289-305.

LACKNER, K./KÜHL, K., *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29ª ed., Beck, München, 2018.

LAMPE, E.J., «Injusto del sistema y sistemas de injusto» (trad. a cargo de Gómez-Jara Díez), en EL MISMO, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, pp. 97-179.

- EL MISMO, «Tätersysteme: Spuren und Strukturen», *ZStW*, **119** (2007), pp. 471-518.

LAURENCE, B., «An Anscombian Approach to Collective Action», en FORD/HORNSBY/STOUTLAND (eds.), *Essays on Anscombe's Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, pp. 270-294.

LESCH, H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1992

- EL MISMO, «Intervención delictiva e imputación objetiva» (trad. a cargo de Sánchez-Vera Gómez-Trelles), *ADPCP* (1995), pp. 911-972.
- EL MISMO, «¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?» (trad. González Rivero), *PJ*, 57 (2000), pp. 83-98.

LÓPEZ PEREGRÍN, M^a.,C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUDWIG, K., *From Individual to Plural Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

- EL MISMO, *From Plural to Institutional Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

LUZÓN PEÑA, D.-M., «La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP* (1989), pp. 889-914.

- EL MISMO, *Derecho penal de la circulación*, 2^a ed., PPU, Barcelona, 1990.
- EL MISMO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general (PG)*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LUZÓN PEÑA, D.-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 8 (1998-1999), pp. 53-87.

MACKIE, J.L., *The Cement of the Universe: a Study of Causation*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

MAIWALD, M., «Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung», en ART. KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (FS-Bockelmann)*, Beck, München, 1979, pp. 343-367.

MAÑALICH, J.P., *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

- EL MISMO, «La estructura de la autoría mediata», *RDPUCV*, **34** (2010), pp. 385-414.
- EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *REJ*, **12** (2010), pp. 169-190.
- EL MISMO, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», *RD*, **1** (2011), pp. 87-115.
- EL MISMO, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, **35** (2012), pp. 663-690.
- EL MISMO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, **1** (2013), pp. 1-29.
- EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2014.
- EL MISMO, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *RDUCN*, **21** (2014), pp. 225-276.
- EL MISMO, «La imprudencia como estructura de imputación», *RCP*, **3** (2015), pp. 13-35.
- EL MISMO, «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23-50.

- EL MISMO, «La tentativa de delito como hecho punible», *RChD*, **44** (2017), pp. 461-493.
- EL MISMO, «¿Presupone la *applicatio legis ad factum* una *imputatio facti*?», *Enfoques penales*, **Marzo** (2018), pp. 22-26.
- EL MISMO, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Polít. Crim*, **27** (2019), pp. 296-375.

MARAVÉR GÓMEZ, M., «Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad», en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (LH-Rodríguez Mourullo)*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 627-665.

- EL MISMO, *El Principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Madrid, 2009.

MARTIN, W., «Ought but Cannot», *Proceedings of the Aristotelian Society*, **109** (2009), pp. 103-128.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MATHIESEN, K., «Searle, Collective Intentions, and Individualism», en MEGGLE (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Hänsel-Hohenhausen, Frankfurt a.M., 2002, pp. 187-204.

MAURACH, R./GÖSSEL, K.-H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general, (PG)*, t. II, (trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de Bofill Genzsch), Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAY, L., *Sharing Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general (PG)* (trad. de la 1ª ed. alemana de Heidelberg de 1915 a cargo de Politoff Lifschitz), BdeF, Buenos Aires, 2007.

MCMAHON, C., «Shared Agency and Rational Cooperation», *Noûs*, **39** (2005), pp. 284-308.

MELLEMA, G., «Shared responsibility and ethical dilutionism», *Australasian Journal of Philosophy*, 63 (1985), pp. 177-187.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 2ª ed. alemana a cargo de Rodríguez Muñoz), t. II, Revista de Derecho privado, Madrid, 1957 (1933).

MILLER, S., “Ignorance, Technology, and Collective Responsibility”, en PEELS (ed.), *Perspectives on Ignorance from Moral and Social Philosophy*, Taylor & Francis, New York, 2017, pp. 217-237.

MIR PUIG, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *RECPC*, 5 (2003), pp. 1-19.

- EL MISMO, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig (LH-Gimbernat)*, Edisofer, Madrid, 2008, t. 2, pp. 1307-1328.
- EL MISMO, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- EL MISMO, *Derecho penal. Parte general (PG)*, 10ª ed., 2016.

MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona, 2009.

MITSCHE, W., «Erfolgszurechnung bei tödlichem Wettrennen im Straßenverkehr», *JuS*, 1 (2013), pp. 20-24.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 139-190.

- EL MISMO, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP* (2000), pp. 169-284.
- EL MISMO, *Acción y delito* (original inédito), 2001.
- EL MISMO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

- EL MISMO, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (LH-Rodríguez Mourullo)*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- EL MISMO, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, **74 (2008)**, pp. 113-144.
- EL MISMO, «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito», en BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 91-123.
- EL MISMO, «La legítima defensa del Derecho penal», *RJUAM*, **25 (2012)**, pp. 19-48.
- EL MISMO, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA/CASTIÑEIRA/CORCOY/QUERALT, *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, (LH-Mir Puig)*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 735-751.
- EL MISMO, «Dolo, imprudencia y error», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 297-315.
- EL MISMO, «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (coord.), *Memento Práctico Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 355-380.

MOMSEN, C. «Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment», *KriPoZ*, **2 (2018)**, pp. 76-100.

MONTIEL, J.P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *InDret*, **4 (2014)**, pp. 1-29.

- EL MISMO, «Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*», en CARNEVALI (ed.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 3-40.

MOORE, M., *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

- EL MISMO, *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- EL MISMO, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

MOORE, M./HURD, H., «Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak, and the Selfish: The Culpability of Negligence», *Criminal Law and Philosophy*, 2 (2011), pp. 147-198.

MOSENHEUER, A., *Unterlassen und Beteiligung: zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

MOSTERÍN, J., *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *RP*, 9 (2002), pp. 59-98.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general (PG)*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MURMANN, U., *Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

- EL MISMO, «Beteiligung durch Unterlassen», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SOWODA (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag (FS-Beulke)*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 181-195.

MYLONOPOULOS, C., «Inicio de la tentativa y coautoría», en EL MISMO, *Dogmática penal en un contexto internacional* (trad. García de la Torre), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 41-67.

NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.

NEUMANN, U., *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

- EL MISMO, «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“», *JA*, **5 (1987)**, pp. 244-256.
- EL MISMO, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW*, **99 (1987)**, pp. 567-594.

NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

OLMEDO CARDENETE, M., «Artículos 27, 28 y 29», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, t. III, Edersa, Madrid, 1999.

- EL MISMO, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.

OROZCO LÓPEZ, D., *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

OTTO, H., «Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt», *JURA*, **1 (1990)**, pp. 47-50.

- EL MISMO, «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992 (FS-Spendel)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, pp. 271-288.
- EL MISMO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993.
- EL MISMO, «Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates», *JURA*, **11 (2001)**, pp. 753-759.
- EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre (AT)*, 7ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2004.

PAREDES CASTAÑÓN, M., M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PARFIT, D., *Razones y personas* (trad. Rodríguez González), A. Machado, Madrid, 2004

PAUER-STUDER, H. «Complicity and Conditions of Agency», *Journal of Applied Philosophy*, **35** (2018), pp. 643-660.

PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Sobre la autoría y la participación en los delitos imprudentes* (original inédito), 1997.

- EL MISMO, «I. Homicidio», en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 21-174.
- EL MISMO, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.
- EL MISMO, «Autoría y participación en la empresa», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 235-280.
- EL MISMO, «Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario (LH-Luzón Peña)*, vol. 1, Reus, Madrid, 2020, pp. 887-903.

PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., «III. Comentario Segundo», en BALDÓ LAVILLA Y OTROS, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, **27** (1992), pp. 196-203.

PÉREZ ALONSO, E., *La Coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998.

PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho penal: el tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012.

PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.

PFEIFFER, S., «Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft», *JURA*, **8** (2004), pp. 519-526.

POLITOFF LIFSCHITZ, S., «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata», en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. 1, Ediciones de la Universidad de Castilla, Cuenca, 2003, pp. 1231-1283.

PUPPE, I., «Wider die fahrlässige Mittäterschaft», *GA* (2004), pp. 129-146.

- LA MISMA, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, **6** (2007), pp. 234-246.
- LA MISMA, «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZIS*, **6** (2007), pp. 247-253.
- LA MISMA, «El resultado y su explicación causal en Derecho penal» (trad. a cargo de Lerman y Sancinetti), *Indret*, **4** (2008), pp. 1-47.
- LA MISMA, «Die Architektur der Beteiligungsformen» *GA* (2013), pp. 513-536.
- LA MISMA, «Sobre el uso de definiciones en el Derecho. Definiciones creativas, o por qué los juristas disputan sobre conceptos» (trad. a cargo de Sánchez-Ostiz), en LA MISMA, *El Derecho penal como Ciencia*, 2014, pp. 6-31.
- LA MISMA, «Vorbemerkungen zu §§ 13ff», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- LA MISMA, «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- LA MISMA, «Mordvorwurf bei illegalem Autorennen – Berliner Raser-fall», *ZIS*, **12** (2020), pp. 584-586.

PUPPE, I./GROSSE-WILDE, T., «Doppeltes Staatsversagen – Das (vorläufige) Ende des Loveparade-Verfahrens», *JZ*, **7** (2019), pp. 334-340.

QUANTE, M., *El concepto de acción en Hegel* (trad. a cargo de Barreto González), Anthropos, Iztapalapa, 2010.

- EL MISMO, *Person*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin-Boston, 2012.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958.

RADBRUCH, G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal* (trad. por Guzmán Dalbora), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011 (1904).

- EL MISMO, «Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico» (trad. por Guzmán Dalbora), *RECPC*, 11 (2009) (1938), pp. 1-10.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RANSIEK, A., *Unternehmensstrafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996.

RAZ, J., «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», *Minnesota Law Review*, **90** (2006), pp. 1003-1044.

- EL MISMO, *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

- EL MISMO, «Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre», *ARSP*, **87** (2001), pp. 110-125.
- EL MISMO, «Die fahrlässige Mittäterschaft», en DANNECKER *et al.* (coords.), *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag (FS-Otto)*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, pp. 423-439.

- EL MISMO, «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA* (2007), pp. 561-578.
- EL MISMO, «Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen», *HRRS*, 8-9 (2009), pp. 347-355.
- EL MISMO, «Vorbemerkung zu § 13», en MATT/RENNIKOWSKI, *StGB-Kommentar*, 1ª ed., Vahlen, München, 2013.
- EL MISMO, «12. Kapitel. Täterschaft», en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat (AT)*, t. II, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2014.
- EL MISMO, «Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Mohr Siebeck Tübingen, 2017, pp. 631-644.
- EL MISMO, «Die fahrlässige Mittäterschaft», *ZIS*, 2 (2021), pp. 92-99.

RESCHER, N., *Epistemology. An Introduction to the Theory of Knowledge*, State University of New York, Albany, 2003.

REYES ROMERO, I., «Sobre la construcción de la exigencia de cuidado», *Polít. Crim.*, 19 (2015), pp. 56-91.

- EL MISMO, «Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva», *Ius et Praxis*, (1), 2015, pp. 137-170.
- EL MISMO, «Sistema de intervención delictiva y concepto de autor: apuntes sobre una discusión aparentemente superada desde la doctrina alemana», *En Letra: Derecho penal*, 10 (2020), pp. 108-143.

RIEDO, C./CHVOJKA, M., «Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft», *ZStrR*, 120 (2002), pp. 152-168.

RISICATO, L., «Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze», *RIDPP* (1998), pp. 132-178.

- LA MISMA, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001.

ROBINSON, P., *Distributive principles of criminal Law. Who should be punished how much?*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

ROBLES PLANAS, R., «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC*, **6 (2000)**, pp. 223-251.

- EL MISMO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- EL MISMO, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, **2 (2012)**, pp. 1-25.
- EL MISMO, «Norma de conducta», *InDret*, **1 (2019)**, pp. 1-13.
- EL MISMO, «La estructura de la intervención en el delito», *Polít. Crim.*, **30 (2020)**, pp. 993-1007.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados», *Anuario de la Facultad de Derecho*, **8 (1998-1999)**, pp. 187-212.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP* (1969), pp. 461-488.

- EL MISMO, «Artículo 14», en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Ariel, Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, V., «La coautoría con imprudencia desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho. Una reinterpretación del papel del acuerdo para reforzar el carácter objetivo de la teoría», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, **23 (2019)**, pp. 373-410.

ROEDER, H., «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt», *ZStW*, 69 (1957), pp. 223-268.

ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.

ROSS, J., «How to be a Cognitivist about Practical Reason», *Oxford Studies in Metaethics*, 4 (2009), pp. 243-282.

ROSTALSKI, F., «Normentheorie und Fahrlässigkeit – Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *GA* (2016), pp. 73-89.

ROTH, A., «Practical Intersubjectivity», en SCHMITT (ed.), *Socializing Metaphysics*, Rowman and Littlefield, Lanham, 2003, pp. 65-91.

ROTSCH, T., „*Einheitstäterschaft*“ statt *Tatherrschaft*, *Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

- EL MISMO, «„Gemeinsames Versagen“. Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft», PAEFFGEN *et al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag (FS-Puppe)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 887-908.

ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1967.

- EL MISMO, *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito (PG)*, (trad. de la 1ª ed. alemana a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, de Vicente Remesal), t. II, Civitas, Madrid, 2014.
- EL MISMO, «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal» (trad. a cargo de Peñaranda Ramos), *InDret*, 1 (2013), pp. 1-26.
- EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, t. I, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

RUDOLPHI, H.-J., «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», ART. KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (FS-Bockelmann)*, Beck, München, 1979, pp. 369-385.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., *La “codelincuencia” en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.

- EL MISMO, «¿Qué es la autoría?», *RP*, 20 (2007), pp. 167-177.
- EL MISMO, «Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas», *EPC*, vol. XXX (2010), pp. 447-480.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría», *Actualidad penal*, 1 (1997), pp. 37-62.

- EL MISMO, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
- EL MISMO, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014.
- EL MISMO, «Imputación e incumbencias en Derecho penal», *Polít. Crim.*, 24 (2017), pp. 1211-1227.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP* (1995), pp. 187-264.

SCHAAL, A., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

SCHILD, W., «Vorbemerkungen zu §§ 25 ff», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

- EL MISMO, «§ 25 Täterschaft», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, t. I, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

- SCHLEHOFER, H., «Täterschaftliche Fahrlässigkeit», en PUTZKE *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008 (FS-Herzberg)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 355-377.

- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 2ª ed., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

- SCHNEIDER, A. «„The Fast and the Furious“. Zur Strafbarkeit von illegalen Autorennen bei Verletzung Unbeteiligter», *ZJS*, **4/2013**, pp. 362-372.

- SCHNEIDER, S., *Risikoherrschaft als Täterschaftsattribut und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte*, Dissertation.de, Berlin, 2003.

- SCHRÖDER, H., «Der Täterbegriff als „technisches“ Problem», *ZStW*, **57 (1938)**, pp. 459-489.

- SCHROEDER, M., «Ought, Agents, and Actions», *Philosophical Review*, **120 (2011)**, pp. 1-41.

- SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1986.

- SCHÜNEMANN, B., «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro» (trad. Sacher), en JORGE BARREIRO, AG. (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 981-1006.

- EL MISMO, «§ 25 Täterschaft», en TIEDEMANN *et. al* (coords.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, LK-StGB*, t. I, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2007.

- SCHÜNEMANN, B./GRECO, L., «Vorbemerkungen zu § 25», en MURMANN *et al.* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, LK-StGB*, t. I, 13ª ed., De Gruyter, Berlin, 2021.

- LOS MISMOS, «§ 25 Täterschaft», en MURMANN *et al.* (coords.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, **LK-StGB**, t. I, 13ª ed., De Gruyter, Berlin, 2021.

SCHWEIKARD, D., *Der Mythos des Singulären. Eine Untersuchung zur Struktur kollektiven Handelns*, Mentis, Paderborn, 2011.

SCHWEIKARD, D./SCHMID, H., «Collective Intentionality», en ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2020 Edition)*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/collective-intentionality/> (última visita: 24.02.2021).

SEARLE, J., *Speech Acts*, Cambridge University Press, London, 1969.

- EL MISMO, «A taxonomy of illocutionary acts», en GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minnesota, 1975, pp. 344-369.
- EL MISMO, «Collective Intentions and Actions», en COHEN *et al.* (eds.), *Intentions in Communication*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1990, pp. 401-415.
- EL MISMO, *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SEMINARA, S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP* (1987), pp. 451-477.

- EL MISMO, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, **38** (1989), pp. 367-404.
- EL MISMO, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho penal español», en EL MISMO (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 357-379.
- EL MISMO, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», *Cuadernos de derecho judicial*, **2** (1997), pp. 9-58.

- EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- EL MISMO, «Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en ESER/HUBER/CORNILS, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1998, pp. 205-226.
- EL MISMO, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999.
- EL MISMO, *El delito de omisión*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- EL MISMO, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.
- EL MISMO, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- EL MISMO, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- EL MISMO, «Problemas para la imputación objetiva», en EL MISMO, *Tiempos de Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 40-49.
- EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010.
- EL MISMO, «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en EL MISMO/MIRÓ LLINARES (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 33-66.
- EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.
- EL MISMO, «Ley y norma en la comisión por omisión», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado*

de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares (LH-Quintero Olivares), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 457-470.

- EL MISMO, «Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: la *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario (LH-Luzón Peña)*, vol. 1, Reus, Madrid, 2020, pp. 1117-1129.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M./VARELA, L., «Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 265-286.

SNEDDON, A., *Action and Responsibility*, Springer, Dordrecht, 2006.

STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho* (trad. a cargo de W. Roces), Reus, Madrid, 2007, (1928).

STARK, F., *Culpable Carelessness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

STECKERMEIER, K., *Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

STEIN, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

STERNBERG-LIEBEN, D./SCHUSTER, F., «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en Eser (ed.), *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder-StGB)*, 30ª ed., München, 2019.

STOPPENBRINK, K., *Verantwortung für unabsichtliches Handeln. Rechtsphilosophische und handlungstheoretische Grundlagen der Fahrlässigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2016.

STRATENWERTH, G., «Arbeitstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht», en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag (FS-Schmidt)*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 383-400.

- EL MISMO, *Derecho penal. Parte general (PG)* (trad. de la 4ª ed. alemana a cargo de Cancio Meliá, Sancinetti), vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

STRAWSON, P. F., *Freedom and Resentment and other Essays*, Taylor & Francis, London-New York, 2008.

STÜBINGER, S., «Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten», *ZIS*, 7 (2011), pp. 602-615.

STUCKENBERG, F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

SUNG-RYONG, K., *Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Shaker, Aachen, 2001.

TIEDEMANN, K., «Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts», en ARZT *et al* (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992 (FS-Baumann)*, Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 7-20.

TOEPEL, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

TORÍO LÓPEZ, Á., «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», *ADPCP* (1972), pp. 53-88.

TRIFFTERER, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, Manz, Wien, 1983.

TUOMELA, R., *The Importance of Us. A Philosophical Study of Basic Social Notions*, Stanford University Press, Stanford, 1995.

- EL MISMO, *Cooperation: a philosophical study*, Kluwer Academic, Dordrecht, 2000.
- EL MISMO, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- EL MISMO, *Social Ontology. Collective Intentionality and Group Agents*, Oxford University Press, New York, 2013.

UTSUMI, T., «Fahrlässige Mittäterschaft in Japan», *ZStW*, **119** (2007), pp. 768-787.

VACCHELLI, E., *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020.

VALIENTE IVANAÑEZ, V., «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia», *RECPC*, **22** (2020), pp. 1-32.

- EL MISMO, «“Deberes de cuidado” e “incumbencias”», *Enfoques penales*, **Abril** (2019), pp. 1-7.
- EL MISMO, *Imputación extraordinaria. Elementos conceptuales y normativos para un modelo de responsabilidad jurídico-penal* (tesis doctoral inédita), Universidad de Barcelona, 2018.

VAN WEEZEL, A., *Beteiligung bei Fahrlässigkeit: ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

- EL MISMO, *Pena y sentido. Estudios de Derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2008.
- EL MISMO, «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS*, **8** (2009), pp. 432-445.
- EL MISMO, «Actuación conjunta e imputación de resultados», *RCP*, **3** (2014), pp. 183-204.
- EL MISMO, «Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva», *RCDCP*, **1** (2012), pp. 143-162.
- EL MISMO, «Recensión a Hernán Orozco López, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten», *InDret*, **1** (2020), pp. 524-532.

VARELA, L., *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch, Barcelona, 2016.

VENDLER, Z., «Causal Relations», *Journal of Philosophy*, **64** (1967), pp. 704-713.

- EL MISMO, «Agency and Causation», *Midwest Studies in Philosophy*, **9** (1984), pp. 371-384.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- EL MISMO, «§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», en TIEDEMANN *et. al* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar (LK-StGB)*, t. I, 12ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2007.
- VON ATENS, R., *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- VON BURI, M., «Über Kausalität und Teilhname», *ZStW*, **2** (1882), pp. 232-298.
- VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 20ª ed. alemana a cargo de Jiménez de Asúa), t. III, Reus, Madrid, 1917.
- VON WRIGHT, G.H., *General Theory of Action. An Essay in deontic logic and the general theory of action*, North-Holland, Amsterdam, 1968.
- EL MISMO, *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. a cargo de García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970.
 - EL MISMO, *Explicación y comprensión* (trad. a cargo de Vega Reñón), Alianza, Madrid, 1980.
 - EL MISMO, *Practical Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1983.
- WALDER, H., «Bewusste Beteiligung, ungewollte Folgen», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992 (FS-Spendel)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, pp. 363-370.
- WALTHER, S., *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung: zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Freiburg, Max-Planck-Institut, 1991.

WATSON, G., *Agency and Answerability: selected essays*, Clarendon, Oxford, 2004.

WEINBERGER, O., *Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz, Wien, 1988.

WEIBER, B., *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

- LA MISMA, «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?» *JZ*, **5 (1998)**, pp. 230-239.
- LA MISMA, *Täterschaft in Europa: ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general (PG)* (trad. de la 11ª ed. alemana por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

- EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (trad. a cargo de Aboso y Löw), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

WIMSATT, W., «Emergence as non-aggregativity and the biases of reductionisms», *Foundations of Science*, **5 (2000)**, pp. 269-297.

WRIGHT, R., «The Logic and Fairness of Joint and Several Liability», *Memphis State University Law Review*, **23 (1992)**, pp. 45-84.

WUTTIG, E., *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, Keip, Frankfurt am Main, 1977 (reimpresión de la edición de Breslau de 1902).

ZACZYK, R., *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (Montealegre Lynett et al. compiladores), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

ZIMMERL, L., *Zur Lehre vom Tatbestand: übersehene und vernachlässigte Probleme*, Keip, Frankfurt am Main, 1977 (reimpresión de la edición de Breslau de 1928).

- EL MISMO, «Grundsätzliches zur Teilnahmelehre», *ZStW*, **49 (1929)**, pp. 39-54.