

Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio

Raquel Roso Cañadillas

Universidad de Alcalá

Abstract

En el presente trabajo se encontrará un estudio de algunas de las concepciones que se mantienen de los delitos de deber y la propuesta de una nueva categoría de delito como es el delito polivalente de autoría en donde el deber y el dominio o determinación objetiva del hecho se complementan.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Analyse von einigen der Ansätzen zu den sog. Pflichtdelikten. Auf der Basis dieser Analyse wird eine neue Kategorie von Straftaten nämlich die Delikte mehrwertiger bzw. polyvalenter Täterschaft (auch: täterschaftliche mehrwertige – polyvalente – Straftaten) formuliert, bei der die Pflicht sowie die Täterschaft bzw. die objektive Tatbestimmung als sich gegenseitig ergänzende Täterschaftskriterien gelten.

In the present work there will be a study of some of the conceptions that are maintained of the crimes of duty and the proposal of a new category of crime as it is the polyvalent (or multipurpose) crime of authorship, where the duty and the control or objective determination of the fact complement each other.

Titel: Täterschaftlich mehrwertige Delikte: zwischen Pflicht und Täterschaft.

Title: Multipurpose (polyvalent) crimes of authorship: between duty and control.

Palabras clave: delitos de deber, delitos de dominio, delitos imprudentes, delitos omisivos, delitos polivalentes de autoría.

Stichwörter: Pflichtdelikte, Täterschaftsdelikte, fahrlässige Delikte, Unterlassungsdelikte, täterschaftlich mehrwertige Delikte.

Keywords: Crimes of duty, Crimes of control, reckless crimes, omission crimes, multipurpose (polyvalent) crimes.

Sumario

1. Introducción

2. Las concepciones de los delitos de deber

2.1 La concepción de Roxin

2.2 La concepción de Jakobs

2.3 La concepción de Schönemann

3. Los delitos imprudentes como delitos de deber, de dominio y polivalentes de autoría

3.1 La necesidad de elaborar una dogmática del delito imprudente en la sociedad del riesgo

3.2 Delitos de dominio y delitos de deber desde el enfoque del delito imprudente

3.3 Los delitos polivalentes de autoría

1. *Introducción*

ROXIN en la primera¹ y segunda² edición de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* defendió que en los delitos imprudentes la autoría se definía a través de la infracción de un deber, por lo que dejó de considerarlos como delitos en los que se configuraba la autoría a través de la idea rectora y plástica del dominio y control sobre el hecho y pasó a considerarlos exclusivamente como delitos de deber³. Autor de un delito imprudente sería el que infringe un deber objetivo de cuidado. Para ROXIN la infracción de este deber objetivo de cuidado tiene una naturaleza normativa y define la autoría tanto en el caso de los delitos comisivos imprudentes como en los omisivos imprudentes, porque lo esencial reside en que no se ha empleado el cuidado debido, infringiendo un deber⁴. Así “alguien no será autor por lo que él quería realizar, sino que solo lo es sobre la base de la circunstancia de que él, infringiendo el deber, no ha empleado el cuidado que debería haber prestado”⁵. En su tercera edición abandona esta concepción de la autoría en el delito imprudente.

ROXIN explica que, por descuidar el análisis de deberes especiales de cuidado que fundamenta la autoría en algunos tipos, sobrevaloró el número y alcance de los delitos de deber y prueba evidente de ello era la consideración de los delitos imprudentes como delitos de deber (*Pflichtdelikte*). El delito imprudente no es un delito de deber “en cuanto que la lesión del deber de cuidado *general*⁶ que constituye el injusto designa el deber de evitación que alcanza a cualquier ciudadano... Más bien se podrá hablar en los tipos imprudentes de delitos de deber en los típicos casos en los que los deberes extrapenales conduzcan a presupuestos de autoría no accesibles a cualquiera, sino a presupuestos especiales de autoría”⁷. Es patente lo que esta cita demuestra. Al afirmar ROXIN en la primera y segunda edición de su libro que el delito imprudente tenía como

*Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto de investigación DER2014-58546- “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)” (investigador principal Prof. LUZÓN PEÑA), financiado por el Ministerio de Economía y competitividad.

** Abreviaturas: **ADPCP**: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, (revista cit. por año); **Auf.**: Auflage (edición); **GA**: Goldammer’s Archiv für Strafrecht (revista cit. por año); **coord. coords.**: coordinador, coordinadores; **dir.** director; **EJB**: Enciclopedia Jurídica Básica; **EPB**: Enciclopedia Penal Básica; **GG**: Grund und Grenzen (Fundamento y límites); **FICP**: Fundación Internacional de Ciencias Penales; **L-H**: Libro-homenaje; **LLP**: La Ley Penal (revista cit. por año y n°); **RGDP**: Revista General de Derecho Penal (revista cit. por año y n°); **trads.**: traductores.

¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963, pp. 527-559.

² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, pp. 527-559.

³ Se ha acogido de un modo mayoritario y extendido la traducción del término alemán *Pflichtdelikt* como delito de infracción de un deber, pero la traducción correcta, en mi opinión, es delito de deber. En este trabajo se encontrará esta traducción y no la mayoritariamente extendida. ROXIN no utilizó, interpreto, conscientemente el término de *Pflichtwidrigkeitsdelikt* (*Pflichtwidrigkeit* sí significa contrariedad a deber o infracción de deber) como categoría propia y para contraponerlo a los delitos de dominio, porque su concepción quiere señalar, en mi opinión, una clase de delitos con todo su universo -de ahí que haya escogido las palabras deber y delito-, en los que su esencia identificativa se encuentra en la existencia de un deber distinto al común, que llega a ser especial o específico por la posición del sujeto, por la mayor protección al bien jurídico que se quiere otorgar en tales situaciones o porque se institucionaliza ese deber, por ser base y esencia de la configuración tendente a lo óptimo de un mundo (convivencia) en común, y ese universo conceptual y su desarrollo dogmático no se agota en el análisis exclusivo de la infracción de ese deber. El delito de deber es mucho más que su sola infracción. Ahora bien, la autoría, ahora sí, se caracteriza por la infracción de ese deber, que se ha erigido como centro de cumplimiento y de imputación (por su incumplimiento).

⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 528.

⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 528.

⁶ Sin cursiva en el original.

⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3ª ed., 1975, pp. 601-602.

elemento constitutivo el deber y su infracción, de ello deduce su sumisión a las reglas de los *Pflichtdelikte*. El error se encuentra precisamente en esta última deducción, puesto que no reparaba en que tradicionalmente se entiende que el deber que integra el *Pflichtdelikt* es un deber especial –*Pflichtdelikte* como *Sonderdelikte*, delitos de deber como delitos especiales⁸-. Ello le llevaba lógicamente a deducir que todo delito imprudente es un delito *especial* de infracción de un deber, olvidándose de que la infracción de una norma de cuidado no constituye en todos los casos o la mayoría de las veces un deber especial⁹.

El concepto de *deber* está muy presente y es un *elemento ubicuo*, en mi opinión, en la teoría del delito y sobre todo en la teoría de las normas¹⁰. Tanto en la sustancia de la norma imperativa como prohibitiva subyace la idea de deber. Ello pudo ser una de las razones inconscientes que llevó a ROXIN a mantener durante un tiempo que los delitos imprudentes eran delitos de deber y que la autoría se fundamentaba en la infracción de ese deber. Tampoco hay que olvidar, y unirlo

⁸ Sobre los diferentes conceptos que se sustentan del concepto delito especial, véase, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 11 ss.

⁹ En este sentido encontramos las críticas de STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, 1ª ed., 1971, p.303: “La cualidad de lesionar un deber (es decir, una norma prohibitiva o imperativa) la comparte la acción imprudente sin embargo con cualquier comportamiento típico. No existe un paralelismo con los delitos especiales”; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 243 - 245, pone de manifiesto que si la teoría de ROXIN fuera correcta tendría que ser válida igualmente en los delitos dolosos, pues entre estos y los delitos imprudentes hay sólo una diferencia gradual y en el delito doloso también se esconde una infracción de la norma de cuidado. Sin embargo, dice HERZBERG, en el caso de que esto fuera así se suprimiría la aplicación del dominio del hecho y se estaría dando entrada al concepto unitario de autor. Centrándose en el propio ámbito de la imprudencia, HERZBERG también crítica el criterio de la infracción del deber, ya que no logra fundamentar con éxito la no punibilidad de la intervención imprudente en casos como la participación en un suicidio o el favorecimiento imprudente de una infracción dolosa; SCHMIDHÄUSER, denomina (*Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, p. 515, n. 24) la aceptación de esta teoría como contraria a la realidad material –*sachwidrige Annahme*–; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, expone, por su parte, haciendo alusión a la construcción de ROXIN, “que los delitos de deber son delitos de lesión imprudentes tanto o tan poco como los dolosos”. JAKOBS añade además que en los delitos de lesión imprudente sólo existe un deber de evitar el resultado; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, 1981, p. 165, mantiene que un deber de cuidado no equivale a un deber especial y que los destinatarios de la norma de cuidado son no solo unos pocos, sino todos los sometidos a la ley. En sentido parecido a HERZBERG, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 141 - 145, desarrolla la idea de que aquellos autores que entienden el delito imprudente como delito de infracción de un deber, en realidad lo están asimilando a un delito omisivo, y esto para BLOY es insostenible, ya que estructuralmente la actuación imprudente no es igual que la omisiva y no se debe guiar, en lo que concierne a la autoría, por el criterio del deber, sino por el principio de dominio, ya que de lo contrario el dominio del hecho en el delito imprudente se convertiría en un dominio negativo. En pp. 226 - 227 expone, centrándose en el concepto y naturaleza del deber, “que la lesión del deber no es un elemento que diferencie la acción imprudente de la dolosa. Por un lado cada delito imprudente no presupone la lesión de un deber *extrapenal*, y por otro lado la absolutización del criterio del deber tendría que ser extendido consecuentemente también al hecho doloso y allí el dominio del hecho tendría que eludirse”; LESCH, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft», *GA*, 1994, 119, n. 19: “(...) lo que sería (scil. considerar a todos los delitos imprudentes como delitos de deber) sin duda equivocado, porque los delitos de infracción del deber están unidos a la existencia de una posición de garante en virtud de la competencia institucional”; KAMM, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, pp. 126 - 127, vuelve a ocuparse de la concepción de ROXIN referida a la coautoría imprudente. KAMM expone que la premisa de la que parte ROXIN de entender los delitos imprudentes como delitos de infracción de un deber no es correcta, ya que los delitos de infracción del deber se caracterizan por delimitar un círculo de personas de modo rígido y específico. “Solo quien cumple los presupuestos especiales, se presenta como autor idóneo en el sentido de estos delitos”. En España. GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio el hecho en la autoría (validez y límites)*, *ADPCP*, 1984, 114, n. 43: “(...) ya que la infracción del deber comparte el tipo imprudente con los demás tipos: el deber de cuidado no responde a una especificidad en el deber, sino a una exigencia general del Derecho penal”; en la p. 120: “el deber de actuar cuidadosamente no es específico de una clase de autores, ni tan sí quiera de los delitos imprudentes”.

¹⁰ Sin ánimo ahora de exhaustividad, existe el deber surgido de toda norma penal, existe el deber de una norma de cuidado, existen los deberes de posiciones de garante, existen los deberes de los delitos puros de deber.

al argumento anterior, que el criterio del dominio del hecho con su origen marcadamente finalista no podía aplicarse a los delitos imprudentes, al igual que no terminaba de explicar la autoría en los delitos especiales y en los delitos omisivos. Todo ello lleva a explorar otras posibles vías de solución.

Además, en el delito imprudente es más decisiva y significativa¹¹ la noción de deber que en el delito doloso. Y ello porque hay que establecer y revisar constantemente deberes de cuidado para no caer en un comportamiento descuidado. El comportamiento imprudente no busca intencionadamente delinquir, por lo que la forma de “educar” la faceta imprudente de cualquier personalidad y evitar comportamientos descuidados es a través del respeto a unas reglas que ordenan e imponen una forma de realizar una tarea, manejar una situación o un contexto arriesgado de actividad para evitar los peligros de su ejecución y conjurarlos. En consecuencia, considero que en cualquier delito imprudente subyace siempre un deber, aunque incluso se esté infringiendo una norma prohibitiva, que curiosamente no impone un deber de actuar de una determinada manera, sino por el contrario el de no hacer algo o el de organizarse dentro de su ámbito de libertad sin dañar los bienes jurídicos de otros. No hay deber de hacer, sino prohibición absoluta de hacer eso. Así, en el delito de homicidio imprudente la norma es prohibitiva: no matar. Matar imprudentemente está prohibido. Y el sujeto imprudente que incumple esa prohibición, lo realiza a través de una infracción de un deber de cuidado, pero no por ello debemos perder de vista que se infringe una norma prohibitiva. El deber de cuidado impuesto no convierte al delito imprudente en un delito de deber en todo caso o en un delito omisivo¹². Ahora bien, no se puede negar que el deber forma parte de la estructura interna y sustancial del delito imprudente¹³.

¹¹ Considero que en el delito doloso también existe una infracción de la norma de cuidado y forma parte integrante de su ilícito, lo conforma, le da forma, pero a ello hay que añadir que en el ámbito doloso, el sujeto quiere infringir cualquier norma de la naturaleza que sea y los deberes a ella anexados. En la actuación imprudente cobra mayor relevancia la infracción del deber, porque la imprudencia consiste netamente en la infracción de un deber de cuidado. En esta línea, al ocuparse de los elementos integrantes de la imprudencia, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, pp. 497 - 498, indica que: “frente a la exigencia de ausencia de dolo mantenida por la doc. dom., algunos autores (p. ej. KÜPER) consideran conceptualmente compatible el dolo con la imprudencia: obviamente no en toda conducta imprudente hay dolo, pero en toda conducta dolosa sí que hay simultáneamente una conducta imprudente, pues en el dolo también habría una infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la mayor y más clara infracción del cuidado debido para no lesionar bienes jurídicos es lesionarlos voluntariamente. De modo similar HERZBERG sostiene que no sólo en el delito imprudente, sino también en el doloso concurre y hay que exigir una infracción del deber objetivo de cuidado, por superarse con la acción el riesgo permitido. Ello significa que entre dolo e imprudencia habría una relación no de recíproca exclusión, sino solo de concurso de leyes, concretamente una relación de subsidiariedad, en virtud de la cual, aunque la conducta dolosa tb. es calificable como imprudente, los preceptos de los delitos imprudentes serían subsidiarios respecto de los preceptos sancionadores de los delitos dolosos y solo se aplicarían en defecto de estos. Por eso, si en alguna ocasión por algún problema técnico no es posible castigar una conducta dolosa conforme a las reglas del delito doloso, siempre cabe al menos la posibilidad de sancionarla como delito imprudente”. También se puede entender que hay una relación de exclusión entre el dolo y la imprudencia, si se mira su relación desde otra perspectiva, como que cuando existe el dolo, ya no cabe aplicar ningún delito imprudente al mismo ataque al bien jurídico.

¹² LUZÓN PEÑA, *Curso I*, 1996, p. 500 lo expresaba claramente siguiendo a ROXIN y JAKOBS y así explica que “en lo que sí tiene razón esa posición es en la advertencia de que el concepto de infracción del deber de cuidado puede llevar al falso entendimiento del delito comisivo imprudente como un delito de omisión (del cuidado requerido), pues (...) en el campo de la comisión no es obligado el manejo cuidadoso de algo peligroso, sino que está prohibido el manejo descuidado, ya que no existe un deber de manejo del objeto peligroso. Ahora bien, ello significa, que si no es obligatorio efectuar la acción peligrosa, pero el sujeto decide efectuarla, le está permitido

Ello me hace considerar que hay algo rescatable de la posición roxiniana inicial en la configuración de la autoría imprudente a través de la idea de infracción de un deber. En primer lugar, ROXIN indicó que, al configurarse la autoría como infracción de un deber en el delito imprudente, esta tiene entonces una naturaleza normativa y para nada ontológica¹⁴. Y efectivamente esta conclusión es rescatable y correcta tanto si se defiende que el concepto de autoría en el delito imprudente consiste en una infracción del deber, en un dominio del hecho o en otro concepto, puesto que el delito imprudente es un concepto con más carga normativa que el delito doloso, que puede explicarse en más casos que en la imprudencia desde enfoques más sensoriales y perceptivos. Pero también sirvió esta tesis, aunque fuera equivocada, para que ROXIN se plantease cómo determinar el contenido del deber, es decir qué elementos materiales configuran el concepto de lesión del deber de cuidado, y aunque dice no poderse ocupar en particular de esta materia (que por otra parte no está lo suficientemente desarrollada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, ya que no es objeto propio de la teoría de la participación) sí ofrece una serie de directrices muy útiles, según las cuales podría ser elaborada una teoría de los deberes, y así distingue ROXIN cuatro categorías de deber, “que más o menos permiten una tipificación independiente y de cuyo juego conjunto puede resultar en el caso concreto el contenido y límites del deber”¹⁵.

Estas categorías son las siguientes¹⁶: los criterios del deber del tipo de injusto, la situación, la posición y la forma de autoría. a) La primera de ellas –*criterios del deber del tipo de injusto imprudente*– consistiría básicamente en una labor de interpretación del tipo de injusto imprudente en cuestión, y del señalamiento de los límites de cada tipo en particular, es decir, en lo que posteriormente el propio ROXIN ha denominado en sede de imputación objetiva el alcance del tipo¹⁷. Se trata de averiguar, según expone ROXIN, qué resultado debe ser evitado y cómo está constituido el desvalor de la acción específico del tipo de injusto. b) En segundo lugar, bajo la rúbrica “*situación típica*” propone ROXIN una labor de inducción, es decir que, partiendo de determinados sectores como p. ej. el comportamiento en el tráfico, en el ámbito de la medicina y en el de la construcción, se pueden extraer deberes especiales que son específicos de estas situaciones típicas y formular nuevos criterios unidos a los que ya existen como la previsibilidad,

hacerlo pero observando el deber de cuidado respecto del peligro (o sea, no tiene deber de actuar, pero si actúa, sí tiene un deber de diligencia, es decir un deber en cuanto al modo de actuar), o, formulado a la inversa, le está prohibido actuar infringiendo el deber de cuidado”.

¹³ Está absolutamente admitido por su corrección conceptual que en los delitos imprudentes el deber configura la imprudencia, pero el deber no es ajeno a la realidad y no se constituye como un concepto estático, sino que se configura a su vez atendiendo a las circunstancias y a la situación real en la que se deba actuar conforme a ese deber. Así, no es la misma situación la de aquel sujeto que va conduciendo un vehículo, que la de aquel sujeto que tiene que vigilar el cumplimiento cabal de las normas de seguridad por sus trabajadores. En el primer caso existe un deber de cuidado primario: hay una relación directa del sujeto con el riesgo. En el segundo caso existe un deber de cuidado de orden secundario: se trata de vigilar y de controlar, y el trabajador es el sujeto que tiene una relación directa con el riesgo. En consecuencia, el deber puede formar parte de una situación común de organización libre del individuo en su esfera, pero también existen deberes de cuidado que no incumben a todos, sino solo a los que asumen esa posición de supervisión y se puede mantener además que existen unos deberes de cuidado de vigilancia y control, que son propios del delito imprudente y no tanto del delito doloso. En definitiva, el concepto de deber tiene una sustancia adaptativa.

¹⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 528.

¹⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 529.

¹⁶ Cfr. la exposición y resumen de la tesis de ROXIN, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 100 ss.

¹⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3ª ed. 1997, pp. 334 - 335.

la adecuación social o el riesgo permitido, con lo que se llegaría a nuevos conceptos jurídicos generales “que podrían constituir los elementos estructurales fundamentales de una dogmática de la imprudencia definida en cuanto al contenido”¹⁸. c) En tercer lugar, ROXIN alude al contenido del deber a través de la *posición de cada sujeto* frente al ordenamiento jurídico, pues el contenido del deber puede sufrir modificaciones, dependiendo de la posición que ostente el propio sujeto. El mismo ROXIN pone el ejemplo del director de obra que tiene deberes de vigilancia y control diferentes a los del propio trabajador, y sin embargo para ambos puede haber sido en la misma medida objetivamente previsible el resultado, d) Y en cuarto y último lugar, continuando la exposición de ROXIN, también existen diferencias de contenido del deber derivadas de las *formas de autoría*. Así la lesión del deber del autor único no tiene los mismos presupuestos que la lesión del deber en la coautoría imprudente y en la autoría mediata imprudente, es decir, que el contenido del deber se debe adaptar, y por tanto indirectamente configurar, a los presupuestos de cada figura de autoría¹⁹.

Aclara finalmente ROXIN que el desarrollo de esta teoría de los deberes y de los demás conceptos que delimiten el deber objetivo de cuidado en la imprudencia no son propiamente un desarrollo de la teoría de la participación (entendida en sentido amplio), sino que solo importan a la teoría de la participación o intervención pluripersonal en la medida en que tienen una influencia indirecta en esta. La delimitación precisa de lo que la norma prohíbe y en contrapartida la obtención del deber de cuidado preciso que se exige, como ya hemos visto, configura la norma de cuidado en el supuesto concreto, pero además y de modo derivado también configura la autoría, ya que, una vez que se tenga el contorno preciso y exacto del deber, el que lo infrinja es autor. Por tanto, categorías como la previsibilidad, el riesgo permitido, la adecuación social, el principio de confianza, la delimitación de ámbitos de deberes diferentes, etc., en la indicada construcción inicial de ROXIN son presupuestos de la autoría imprudente, dado que, en la medida en que conforman el deber, designan al autor. Pero no se puede entender por ello que ROXIN quiera incluirlos en la teoría de la codelincuencia o participación en sentido amplio como elementos propios de la autoría.²⁰

Como ya expuse,²¹ no puedo considerar correcta la afirmación en términos absolutos de que todos los delitos imprudentes son delitos de deber, a) porque los delitos imprudentes no son delitos especiales por sí mismos y en sí mismos; b) porque si se mantiene, como sostengo, que existe una infracción de deber de cuidado en el delito doloso, atendiendo a ese carácter gradual del injusto, que apuntó HERZBERG, también los delitos dolosos serían *todos* delitos de infracción del deber; c) porque si los delitos imprudentes son delitos de deber, ello nos conduce consecuentemente a afirmar que la participación imprudente en todo caso es punible, incluso en los supuestos de participación imprudente en una autolesión, suicidio o autopuesta en peligro; o d) porque los destinatarios de la norma de cuidado son todos los ciudadanos y no unos pocos ciudadanos.

¹⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 529.

¹⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 529.

²⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 530.

²¹ ROSO, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 102 ss.

Pero sí considero que en los delitos imprudentes está más presente el concepto de deber y no general, sino especial, (y por tanto su infracción), que en los delitos dolosos y esto creo que es lo que intuyó inteligentemente ROXIN con el sintético desarrollo que elaboró y que he expuesto más arriba, sobre todo en lo referente a las categorías de situación y de posición. Ya he indicado en varios trabajos míos²² que en la sociedad del riesgo, en la que nos encontramos, el delito imprudente o, en términos positivos, la prudencia –y las normas de cuidado (cada vez más normativizadas, constituyendo protocolos de actuación)– cobran mayor protagonismo en la conformación de la sociedad que en otras épocas históricas, motivado todo este fenómeno por el desarrollo tecnológico, empresarial y económico, lo que, desde mi punto de vista, en el ámbito jurídico se ha traducido en que el deber general de cuidado se ha trasmutado en muchas situaciones y sectores de actividad, por imperio del control del riesgo y de acatar los parámetros del riesgo permitido, en deber especial.

Por tanto, avanzo que el delito imprudente no es un delito de deber por su naturaleza intrínseca: la imprudencia no es igual a la infracción de un deber de cuidado de origen especial o institucionalizado en todo caso, y la autoría en los delitos imprudentes no puede consistir en la infracción de un deber especial tampoco en todo caso; pero sí que en el delito imprudente se generan más situaciones de deberes especiales, y por tanto posiciones de garante, que en el delito doloso, que devienen extrínsecamente impuestas.

Llegados a este punto y antes de exponer mis reflexiones sobre este tema, considero que es necesario desarrollar mínimamente en qué consiste un delito de deber y sus repercusiones en la categoría de la autoría y la participación y en general en la teoría del delito.

2. *Las concepciones de los delitos de deber*

2.1 La concepción de Roxin

Desde la primera edición de su obra de autoría y dominio del hecho²³, ROXIN ha manejado dos criterios de autoría: el del dominio del hecho y el de la infracción de un deber; este último construye y fundamenta la autoría en aquellas clases de delitos, en las que el dominio del hecho no podía hacerlo: delitos imprudentes, delitos especiales, delitos de propia mano y delitos de omisión²⁴.

²² ROSO CAÑADILLAS, «Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa», en LH-MIR PUIG, pp. 241 ss.

ROSO CAÑADILLAS, «El delito imprudente y los delitos de infracción del deber», *Huellas*, (72), 2011, pp. 104 ss. En línea <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf> (consultado 12-6-2018); ROSO, «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos y la teoría del delito (1)», *LLP*, 109 (2014), pp. 5 ss.; ROSO CAÑADILLAS, «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada», *RGDP*, (22), 2014, pp.3 ss.

En línea https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415286&d=1 (consultado 31-7-2018); ROSO CAÑADILLAS, «Reflexiones sobre la autoría imprudente», LH-WOLTER, LUZÓN PEÑA/DÍAS/GARCÍA (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana*, 2018, pp. 223 ss.

²³ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, *passim*.

²⁴ Cfr. en ese sentido BACIGALUPO, S., *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, pp. 21 ss. Aunque quiero advertir que no considero correcta la conclusión que realiza la autora sobre la autoría y participación en los delitos imprudentes (pp. 22 ss.), ya que no

Con el criterio del dominio del hecho²⁵, ROXIN parte de la descripción del tipo y considera autor a aquel que tiene el dominio del suceso tal y como se ha descrito en el tipo²⁶. ROXIN considera que casi todos los delitos son delitos de dominio, pero este no es un criterio general y universal con una pretensión de validez absoluta para toda la autoría²⁷, sobre todo cuando se topa con tipos en los que, pese a que el sujeto no funcionario tiene el dominio del hecho, no puede ser considerado autor a no ser que sea a costa del principio de legalidad.

ROXIN, verificando su construcción del dominio del hecho a través del estudio de la parte especial y con una intuición jurídica envidiable, llega a la conclusión de que el dominio del hecho no es el único criterio para definir la autoría en los tipos; se da cuenta de cómo determinados delitos no se explican a través de la idea de dominio y que en estos casos la naturaleza y configuración externa del comportamiento del autor, (o de otros intervinientes) que puede incluso que esté(n) dominando el suceso, el hecho, no resulta ser el requisito imprescindible de la autoría en esta clase de descripciones típicas²⁸. Elige como ejemplo para explicar esta categoría el delito de torturas realizado por un funcionario²⁹ al que un tercero coacciona. Según las reglas de la teoría del dominio del hecho el sujeto de atrás sería autor mediato y el de delante instrumento, pero el tipo de torturas no ha querido caracterizar la autoría como posesión del dominio del hecho, sino que ha puesto el centro de imputación de la autoría en el *deber específico*, que se deriva de tener encomendada una determinada materia y no en cómo se lleva a cabo una cierta investigación por

se produce, en mi opinión, una restricción de la autoría en estos delitos por reubicar la infracción del deber de cuidado en el tipo, extrayendo entonces tal elemento de la culpabilidad. Tal cambio no tiene trascendencia alguna en el aumento o disminución de la punibilidad de la autoría, puesto que mientras se exija la infracción de la norma de cuidado para afirmar la autoría, esta se afirmará si se infringe tal deber, sin mayores exigencias, y no influye en tal conclusión que la infracción del deber se ubique en el tipo o en la culpabilidad. Pero es que la propia autora así también lo refiere de un modo claro (por lo que causa extrañeza su conclusión final): “la impunidad del que no infringe ningún deber de cuidado era también la consecuencia de la teoría tradicional; la diferencia reside en el fundamento de la impunidad: mientras la teoría finalista excluye la tipicidad, en la teoría causal tradicional se excluía la culpabilidad. En otras palabras: la refundamentación dogmática no tiene ninguna consecuencia político-criminal”.

²⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 122 ss.; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. a la 9ª ed. alemana por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), 2016, pp. 129 ss. a través de un discurso metodológico concienzudo en el que no quiere perder de vista la seguridad jurídica y el principio de justicia, estableciendo entre ellos un delicado equilibrio, llega a la conclusión de que el dominio del hecho tiene que ser tratado como concepto abierto, en el que se aporte una descripción del mismo, pero no una definición, que lo convierte entonces en un concepto fijo, no adaptable a las especificidades del caso concreto y con elementos regulativos (orientadores), que sirvan para valorar de modo flexible las circunstancias del caso concreto.

²⁶ Soy consciente de que esta definición del concepto de dominio del hecho es extremadamente sintética, pero con ella intento poner de relieve dos ideas que están muy presentes en la construcción de ROXIN: el principio de legalidad y una descripción del dominio del hecho como principio rector y concepto abierto y de naturaleza normativa. Precisamente por no perder de vista en ningún momento el principio de legalidad, ROXIN no puede afirmar que el dominio del hecho sea el único criterio que defina la autoría en todos los delitos. El desarrollo del concepto de dominio del hecho se encuentra principalmente en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 108 ss., 127 ss., 142 ss., 275 ss. y 307 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 129 ss., 133 ss., 147 ss., 269 ss. y 299 ss.

²⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 337; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 329.

²⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, p. 352 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 343 a 344.

²⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, pp. 353 - 354; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 344, escoge el delito de torturas, porque también se trata de un delito especial y de esta forma explica y aclara que el elemento configurador de la autoría que es en estos casos el deber especial y su infracción no coincide, ni tiene que identificarse con los delitos especiales, ya que esos deberes pueden existir también en aquellos delitos comunes que no están cerrando su círculo de autores *a priori* a determinados profesionales o personas con determinada condición.

parte del funcionario y sí en el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio del cargo, lo que eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado.³⁰ Lo que no interesa tanto en estos casos es el dominio externo de un suceso expresado en la idea de supradeterminación (del mismo) hacia un resultado.

También afirma ROXIN que no³¹ hay una identificación entre delitos especiales y delitos de deber³², ya que allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición, surge el mismo fenómeno.

En cuanto al deber, éste no debe ser identificado con el de la norma penal, que hay que cumplir bajo apercibimiento de pena y que existe en todo delito y en toda forma de intervención en el hecho. Es un deber extrapenal, antepuesto en el plano lógico-formal a la norma penal, que hace sobresalir al obligado entre los demás intervinientes debido a la especial relación que se constituye con el contenido de injusto del hecho y el legislador lo considera por ello figura central del suceso³³.

Las consecuencias de este criterio aplicado a la realidad práctica son las siguientes:

1. Existe coautoría cuando varias personas infringen *el mismo y único* deber al que se encuentran sujetas.³⁴ Así p.ej. dos administradores gestionan el patrimonio social fraudulentamente. No es necesario que exista un dominio funcional conjunto para afirmar la coautoría. Las reglas para infringir un deber extrapenal seleccionado por la norma penal son otras. Por ello, los intervinientes que realicen la actuación efectiva que conduce a la administración desleal, pero que

³⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª, 2015, pp. 354 - 355; *Autoría*, 9ª, 2015, pp. 344 a 345.

³¹ Respecto al distinto contenido, descripción y consecuencias de la categoría de delito especial, cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Delitos especiales*, 2006, *passim* y a propósito y en particular del análisis y valoración crítica de la construcción de ROXIN, GÓMEZ MARTÍN manifiesta: "En la primera parte de esta investigación me adherí al sector doctrinal según el cual serían especiales todos aquellos delitos en los que el legislador habría limitado el círculo de posibles autores. En lo que alcanzo a ver, este concepto simple o amplio de delito especial habría sido el concepto tradicionalmente empleado por la doctrina española y alemana. ROXIN abandona esta tradición y rechaza la distinción entre delitos comunes y especiales declarándose partidario de aquella que permite distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber. De esta nueva clasificación resultaría una importante consecuencia: para ROXIN, todos los delitos especiales serían *Pflichtdelikte*, de tal modo que aquellos delitos en los que el círculo de posibles autores se encuentre limitado, pero esta restricción no venga determinada por la existencia de un deber jurídico especial (así, por ejemplo, en el delito de alzamiento de bienes), serán *Herrschaftsdelikte*, o delitos de dominio. Aunque ROXIN nunca la ha expresado, creo poder afirmar que la fundamentación tácita que subyace al criterio clasificatorio alternativo de Roxin podría ser la siguiente. En términos de determinación de la autoría, la distinción tradicional entre delitos comunes y especiales no sería operativa, porque no todos los delitos tradicionalmente considerados como especiales tendrían la misma naturaleza jurídica, y por ello debería tener consecuencias en la forma de determinar la autoría. Por esta razón, sería preciso buscar una clasificación que expresara satisfactoriamente esta circunstancia. Esta clasificación sería aquella que distinguiría entre *Herrschaftsdelikte* y *Pflichtdelikte*. Sin embargo, la distinción tradicional entre delitos comunes y especiales no es, desde mi punto de vista, una distinción entre criterios de determinación de la autoría, sino entre clases de tipos en atención a su sujeto activo. Por eso, la circunstancia de que dentro de los delitos especiales existan delitos con diferente naturaleza jurídica no constituye un problema. Es más: defender la concepción de ROXIN, o una concepción similar, partiendo de un concepto amplio, o simple, de delito especial no solo resulta perfectamente posible, sino que sería, además, más respetuoso con la tradición doctrinal a la que venimos haciendo referencia. No en vano, así lo entiende, por ejemplo, uno de los máximos representantes de la teoría de los *Pflichtdelikte* en la actualidad: JAKOBS." (pp. 139 a 140).

³² Cfr. n. 29.

³³ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 354; EL MISMO, 9ª ed., 2015, pp. 344 - 345.

³⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 357 a 358; EL MISMO, 9ª ed., 2015, pp. 347 - 348.

además no están obligados por ese deber extrapenal, serán partícipes. No son autores, porque no infringen el deber especial, fundamento exclusivo de la autoría en tal delito. Y no podrá haber coautoría cuando el deber extrapenal por su naturaleza solo se circunscriba o pueda ser cumplido personal e individualmente por cada individuo. En estos casos se acude a la autoría accesoria (o, en la terminología acuñada por LUZÓN PEÑA³⁵, yuxtapuesta).

2. Existe autoría mediata³⁶ cuando el *intraneus* infringe el deber actuando a través de un *extraneus*, un instrumento doloso no cualificado³⁷. El dominio del hecho no se requiere para la autoría mediata en los delitos de deber. “Es suficiente para ello, que alguien que está dentro de la vinculación por el deber (*Pflichtbindung*), le confíe la ejecución externa de la acción a una persona, la cual se encuentra fuera de la posición de deber que fundamenta la autoría”³⁸. Si el *extraneus*, por el contrario, es el que determina al *intraneus* habrá inducción a la infracción de un deber y no queda impune³⁹.

3. Partícipe es quien coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal⁴⁰. Así p. ej. el particular, que en un delito de torturas apunta a la víctima con una pistola, será un cómplice, pero no un autor, al no estar dentro del ámbito, ni comprometido por el cumplimiento de un deber extrapenal.

4. Los tipos de los delitos de deber se redactan conteniendo tanto conductas de causación directa como de favorecimiento, precisamente porque lo que importa es que los sujetos obligados infrinjan el deber especial y no tanto cómo lo infrinjan. Así se puede tipificar tanto la causación de una evasión de presos como el favorecimiento a la evasión como infracción del deber, por lo que ello evidencia que la figura central y su descripción no se produce en los delitos de deber por medio del dominio del hecho. En consecuencia el tenor literal estima autoría donde a la vez está hablando de mero auxilio.⁴¹

³⁵ *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª/3ª ed. 2012/2016, 15/15 y n. 4 (donde explica por qué propone “autoría yuxtapuesta” o “paralela” y por qué es incorrecta la traducción usual de “*Nebentäterschaft*” como autoría accesoria), 15/65, 18/51.

³⁶ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 360 ss.; EL MISMO, 9ª ed., 2015, pp. 350 ss.

³⁷ Cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 416 ss. Y en particular p. 417, en dónde expone que “cabe, no obstante, preguntarse por qué razón acude ROXIN a la autoría mediata, y no opta por la autoría inmediata (individual), ya que para fundamentar la autoría en los delitos especiales únicamente tiene en cuenta la infracción del deber especial. En el mismo sentido ya anteriormente, y seguido luego por Bolea Bardón, GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro I. Teoría general*, 1985, p. 113.

³⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 360 - 361; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 350 - 354.

³⁹ En el supuesto descrito por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 363, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 353, el sujeto de atrás *extraneus* obliga -no determina con persuasión, ni convence- al funcionario a realizar un delito de tortura mediante coacción o amenaza, por lo que es cuestionable si el funcionario infringe el deber extrapenal especial en tales circunstancias, en cuyo caso no podrá ser autor de un delito de deber, pero afirma ROXIN, sin embargo, que el *extraneus*, que tiene el dominio del hecho, es inductor por no infringir el deber especial, que, añadido yo, no infringe porque no le compete. En toda esta situación lo que existe finalmente es un funcionario impune y un inductor a un delito de deber. Por tanto, salta a la vista que el concepto de inducción en el marco de los delitos de deber es en la concepción de ROXIN manifiestamente diferente al concepto de inducción en los delitos de dominio, puesto que en éstos la conducta de obligar mediante coacción sería autoría mediata, no inducción.

⁴⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 353; EL MISMO, 9ª ed., 2015, p. 363.

⁴¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p.358; EL MISMO, 9ª ed., 2015, p. 348.

5. Es absolutamente irrelevante para las intervenciones, tanto del autor que infringe el deber como del partícipe, que se obre con dolo, ya que el dolo decide sobre el dominio del hecho, pero no sobre la infracción de un deber⁴².

6. Por ello cabe defender la participación en un hecho no doloso, ya que no es necesario que concurra un dominio doloso del autor para que exista participación⁴³.

7. Todos los delitos en comisión por omisión⁴⁴ son delitos de deber⁴⁵.

8. Los deberes especiales emanados de un papel social fundamentan autoría también en los delitos comunes⁴⁶

Ahora la pregunta es: ¿cuándo nos encontramos ante un delito de deber?⁴⁷ ROXIN manifiesta que esto es una decisión valorativa del legislador, con lo que se convierte en una cuestión teleológica e interpretativa y no en una delimitación lógico-conceptual. El legislador decide si configura el delito como de dominio o como de deber y ello dependerá de qué significado otorgue el legislador a la posición de deber en relación a la lesión de los bienes jurídicos. “Si, según su opinión (scil. del legislador), el contenido del merecimiento de pena es influido esencialmente por la posición de deberes, entonces los obligados (*Pflichtigen*) son concebidos como el centro del suceso sin consideración al curso de la acción y se restringirá notablemente la punibilidad del *extraneus*”⁴⁸.

2.2 La concepción de Jakobs

ROXIN, como él mismo admite y es consciente, deja cuestiones abiertas, de las que se ha ocupado JAKOBS. JAKOBS profundiza y desarrolla las conclusiones de ROXIN. Para algunos la teoría de JAKOBS sobre los delitos de infracción de un deber constituye la natural evolución de los

⁴² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 356 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 364 ss.

⁴³ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 364 ss.

⁴⁴ En mis trabajos propongo y explico el abandonar la terminología a mi parecer inexacta de comisión por omisión, y sustituirla por comisión omisiva, vid. ROSO CAÑADILLAS, «La autonomía del delito comisivo omisivo», *Foro FICP*, 2017-1, pp. 233 ss.; *El delito comisivo omisivo*, LUZÓN PEÑA (dir.), LH-ROXIN por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 227 a 250.

⁴⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 458 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 442 ss.

⁴⁶ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 776; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 726, admite y sigue aquí la tesis de JAKOBS y afirma así que el mero omitir del marido que no interviene para impedir la muerte de su esposa, fundamenta la autoría de este, “que como garante de la vida de su esposa contraviene su deber especial típico”.

⁴⁷ Según ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 384 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 372 ss., sin ningún ánimo de exhaustividad, en el Código Penal alemán se recogen los siguientes delitos de deber: revelación de secretos confiados por razón del cargo, los delitos propios e impropios de funcionarios, delitos que penalizan incumplimientos de deberes familiares o cuasi familiares como el impago de pensiones, el abandono de los hijos o la bigamia, delitos contra deberes asistenciales y de guarda, el abandono de menores, o de enfermos, las lesiones a personas que se encuentran en una relación de dependencia con el autor, alejamiento indebido del lugar de un accidente de tráfico, el alzamiento de bienes, el delito contra la reglamentación urbanística, los denominados por ROXIN delitos de propia mano impropios y los delitos de testimonio como el falso testimonio bajo juramento y el falso affidavit.

⁴⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 386 - 387; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 373.

planteamientos iniciales de ROXIN⁴⁹, para otros constituye una nueva versión de la teoría del delito de infracción de un deber⁵⁰. Sea como fuere, JAKOBS sigue la construcción de los delitos de infracción del deber, pero hay que tener en cuenta que, por una parte, la adapta a su concepción de la teoría del delito y, por otra parte, en su sistema no se trata tan sólo de una teoría de la autoría como en la inicial concepción, la de ROXIN, sino de una construcción del delito y por ello JAKOBS amplía y amplifica la idea de deber.

JAKOBS diferencia entre delitos por competencia organizativa y delitos por competencia institucional⁵¹ y se afana en desarrollar el fundamento que genera la responsabilidad penal en cada uno⁵². En el delito de organización o de dominio del hecho la responsabilidad surge por haberse organizado defectuosamente. Hay una libertad de organización y ello conlleva que se es responsable *por cómo uno se organice*. La forma y manera de organizarse le es indiferente al ordenamiento jurídico-penal siempre y cuando no termine lesionando un bien jurídico. En los delitos por competencia institucional la responsabilidad pivota en relación con una institución, que impone unos deberes⁵³. El sujeto tiene un rol que le otorga una institución y este rol lleva aparejado unos deberes que son de su incumbencia. Pensemos en los deberes que se establecen entre el administrador de un patrimonio y su mandante, entre un abogado y su defendido, entre un inspector de trabajo y el Estado y los trabajadores.

El elemento común en ambas clases de delitos es el concepto de competencia o incumbencia, el cual no aparece en la construcción de ROXIN, y que viene a ser un elemento normativo tanto para los supuestos de dominio como para los supuestos de competencia institucional⁵⁴. Volviendo a los delitos de responsabilidad por competencia institucional, que son los que nos interesan, las expectativas se defraudan por infringir un deber asignado y otorgado por la pertenencia a una concreta institución y lo destacable entonces es que el sujeto no sólo debe evitar los peligros que surjan de su propia esfera de organización, sino en general *de cualquier otra*⁵⁵, precisamente por la

⁴⁹ Así SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, 2002, p.29 y p. 35.

⁵⁰ Así LESCH, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wifried Bottke», GA, 1994, p. 126.

⁵¹ Un estudio y análisis de las aportaciones de JAKOBS a la teoría de los delitos de deber se encuentra en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción del deber*, 2002, pp. 37 ss.

⁵² JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991; *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/16 ss., 21/115 ss., 25/43 ss., 28/14 ss., 29/29 ss. y 29/57 ss.

⁵³ Pero, insisto, en JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, *Parte General*, 1997 7/70 ss. la infracción de un deber no es sólo una forma de entender o explicar la autoría, sino que tiene la importancia de constituir un fundamento esencial de la imputación jurídico-penal.

⁵⁴ JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, *Parte General*, 1997, 29/29 ss.

⁵⁵ La configuración de la autoría y de la participación, partiendo de la descripción y análisis que JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, *Parte General*, 1997, pp. 29 ss., pp. 57 ss. defiende de los delitos de responsabilidad por competencia institucional, no se diferencia mucho de la construcción de ROXIN y de los delitos de deber, aunque he de decir que en el caso de JAKOBS se encuentra una mayor coherencia interna a la hora de explicar la conformación de la autoría y de la participación en los casos en que existe un deber especial en el sujeto activo. En efecto, al igual que ROXIN, JAKOBS sostiene que es autor todo obligado especial que quebrante el deber. La idea del dominio del hecho no tiene ningún peso en estos delitos. La coautoría, que ve su ámbito de aplicación drásticamente reducido en la construcción de ROXIN, queda excluida en estos delitos para JAKOBS y sustituida por autorías yuxtapuestas (acesorias), pues este autor concibe el deber como personalísimo e independiente, de tal forma que la vulneración que se produce por parte de cada uno de los sujetos es completa e independiente. Piénsese, p. ej. en el caso de que haya dos cuidadoras en una guardería y una de ellas se duerma, confiando en

existencia de esa institución y por ser una relación en la que no existe ninguna alternativa de organización⁵⁶.

Por tanto:

- La institución crea posiciones especiales que, desde el momento en que son ocupadas por el sujeto, le transfiere automáticamente una serie de deberes de los que no se puede desprender e inhibirse de su cumplimiento.
- La institución crea deberes positivos.
- La institución es previa y se adelanta al modo de organizarse por el sujeto, dando respuesta a realidades previas ya conformadas.
- La institución busca la mejor manera de dar respuesta a las expectativas del receptor y de proteger al bien jurídico.

Desde estos planteamientos el ámbito de aplicación del delito de deber y su infracción, que sostiene JAKOBS, es el siguiente:

a) Los delitos comunes de la parte especial se pueden cometer tanto por una mala organización, y habría que aplicar el criterio del dominio, como por la infracción de un deber. Por tanto, no importa tanto la descripción típica como que el sujeto activo desempeñe un rol que le disponga en una relación especial con el bien jurídico. Así si el padre ayuda a que maten a su hijo, entregándole el arma homicida al asesino de su vástago tendrá que ser castigado como autor, porque ha infringido un deber especial que dimana de la institución paterno-filial. Y el tercero que mata al hijo será autor de un asesinato porque ejercitando su libertad de organización ha elegido organizarse dañando bienes jurídicos de otros y lesionando un principio como es el del *neminem laedere* (*tb. alterum non laedere*) que expresa el deber negativo, absoluto y universal de no dañar a nadie.

b) Los delitos especiales descritos en la parte especial no son delitos de infracción de un deber en todo caso⁵⁷, ya que muchos de ellos responden a un deber aislado y no así a una institución que tiene como función organizar de una manera específica los intercambios interpersonales que se

que velará por la seguridad de los niños su otra compañera y la otra cuidadora se pone a leer un libro, confiando igualmente que su otra compañera estará cuidando a los niños; y al final los bebés se encuentran solos y uno de ellos se muere asfixiado al ingerir una tiza con la que estaba jugando. En la construcción de JAKOBS cada cuidadora será, no coautora, sino autora yuxtapuesta (accesoria) de su propio delito imprudente. Por último, JAKOBS considera que no hay autoría mediata, sino directa del *intra-neus* que utiliza como instrumento a un *extra-neus*, ya que existe una responsabilidad directa del obligado especial, porque la infracción de su deber lesiona de manera directa e inmediata el bien jurídico al que debe ayuda y fomento. Ahora bien, respecto del instrumento, que es el que ejecuta la acción, el sujeto especialmente obligado ha organizado un dominio del hecho sobre otra persona, pero ello no tiene ninguna relevancia para su infracción del deber. Pasando a la participación, sólo será partícipe aquel sujeto que interviene en el hecho, pero no vulnera ningún deber especial.

⁵⁶ Refiriéndose a los deberes institucionales JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, *Parte General*, 1997, 29/58 diferencia y afirma que: "Se trata, pues, de aquellas formas de relación sociales respecto de las cuales no existe -al menos en general- ninguna alternativa de organización".

⁵⁷ JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, *Parte General*, 1997, pp. 6 - 91, pp. 23 - 24.

van a producir⁵⁸. Así p. ej. el deber que tiene un deudor frente a sus acreedores *no* fundamenta un rol específico y especial que se conecte con una institución; sin embargo si hablamos del rol funcionario surgen deberes especiales que sí se originan en una institución. De este modo los delitos especiales (que no son además delitos de deber institucional) en la construcción de JAKOBS son delitos en los que el legislador ha optado por exigir características en el sujeto activo, con lo que ha concretado un determinado perfil de autor, pero no por ello están en una relación especial con el bien jurídico ni mucho menos, por lo que la autoría se resuelve a través del criterio del dominio del hecho⁵⁹.

c) Por último, no todos los delitos cometidos en comisión omisiva son delitos de deber o de infracción de un deber, de nuevo sólo en los casos en los que el autor sea garante por un deber dimanado de la institución⁶⁰.

Finalmente, en la construcción de JAKOBS, al contrario que en la de ROXIN, sí se puede encontrar una convivencia de los criterios de dominio y de responsabilidad institucional e incluso de una transformación de uno en otro⁶¹, aunque la ley haya concebido el delito como un delito de

⁵⁸ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Delitos especiales*, 2006, pp. 172 ss., sobre la posición de JAKOBS y su clasificación de delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto, así como una valoración crítica de la misma (pp. 180 ss.).

⁵⁹ Ahora bien, para JAKOBS existen instituciones de importancia transcendental que se equiparan y tienen la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias (*Allgemeiner Teil*, 2^a, 1991, *Parte General*, 1997, 29/58); por ello cuando el sujeto del delito especial llega a estar en posición de garante es porque su deber se ha convertido en un deber institucional y “el delito especial es entonces, simultáneamente, delito de deber, de modo que el obligado especialmente es siempre autor, en lo que respecta al ámbito de su deber especial” (*Allgemeiner Teil*, 2^a, 1991, *Parte General*, 1997, 6/91, en particular 23/25 y 29/57).

⁶⁰ En efecto, JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 2^a ed., 1991, *Parte General*, 1997, 29/29 ss. al ocuparse de los delitos de omisión impropia considera que existen posiciones de garante en el ámbito de la organización, ya que se pueden realizar estos delitos tanto por acción como por omisión. Se trata en estos casos de deberes de aseguramiento o deberes de salvación (*Allgemeiner Teil*, 2^a, 1991, *Parte General*, 1997, 29/29 ss. y 29/38 ss.) frente a peligros derivados de objetos o de la actividad empresarial, es decir, “el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos distintos” (*Allgemeiner Teil*, 2^a, 1991, *Parte General*, 1997, 29/30). En estos casos, no se tratará de un delito de deber, sino de delitos de organización en los que el criterio de la autoría viene definido por el dominio del hecho.

⁶¹ En este sentido SANCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de un deber*, 2002, pp. 280 a 281 mantiene que “la forma externa de la norma, prohibición o mandato, no es en absoluto decisiva en cuanto a la determinación de su contenido material; si la formulación es plenamente intercambiable -mandato o prohibición como conceptos contradictorios-, es evidente que no puede ser ligado a ella corolario jurídico alguno. Normativamente es irrelevante que el legislador haya formulado -en apariencia- una norma como mandato o como prohibición o, en fin, cómo sea interpretada dicha norma por el juez. Este primer nivel, perfectamente intercambiable, es un nivel lingüístico, o también denominado de los “tipos codificados”. De esta manera, la afirmación de que los mandatos o prohibiciones de estos “tipos codificados” son intercambiables completa la tesis que ya se alcanzó, según la cual el autor de un delito de dominio del hecho puede quebrantar la “prohibición” *neminem laede* también mediante una omisión -a pesar de que aparentemente las prohibiciones se incumplen mediante acciones-. Dicho en otras palabras, la intercambiabilidad de los tipos codificados ofrece también una explicación al porqué del principio “prohibitivo” *neminem laede* devienen también deberes de acción, que no son, por tanto, deberes especiales. La intercambiabilidad no rige, empero, para el concepto de “institución”. Y es que la institución negativa “no dañar” no se encuentra en una relación de *contradicción* con las instituciones positivas de edificación de un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico. En efecto, el concepto contradictorio -y, por tanto, intercambiable- de la institución negativa “no dañar” es hacer algo que dañe el bien jurídico, pero no hacer algo que “mejore” su situación -edificar con él un mundo en común de ayuda y fomento (instituciones positivas)-. Las instituciones positivas, que dan lugar a los delitos de infracción del deber, disponen, en cambio: “Has de edificar un mundo en común con un determinado beneficiario de la institución, para su ayuda y fomento”. La institución negativa -y, en verdad, con independencia de su formulación como prohibición o mandato- señala únicamente

dominio⁶². Así en el caso de que un padre facilite al asesino de su hijo el cuchillo con el que le va a matar, no será cómplice, sino autor, porque ha quebrantado el deber de cuidado institucional: la patria potestad.

2.3 La concepción de Schünemann

Para terminar con las construcciones de algunos de los autores más relevantes que se han ocupado de este tema, paso a exponer la posición de SCHÜNEMANN, que, aunque no ha sido el creador de la categoría de los delitos de deber, ni la asume abiertamente dentro de sus planteamientos, sí me resulta muy interesante la perspectiva que aporta⁶³. SCHÜNEMANN en un principio fue uno de los defensores de la teoría de los delitos de deber, pero más tarde la abandonó⁶⁴, construyendo un criterio general o, en términos de SCHÜNEMANN⁶⁵, superior (*Oberbegriff*) de autoría tanto para los delitos especiales como para los delitos comunes, que es el denominado *dominio sobre el fundamento del resultado* (*die Herrschaft über den Grund des Erfolges*)⁶⁶. Me parece significativa la construcción de este autor, porque, a diferencia de otros autores que se limitan a rechazar por superflua la categoría de delitos de deber, pero sin ofrecer ninguna alternativa, SCHÜNEMANN no sólo considera que dicha categoría es superflua, sino que además lo intenta demostrar a través de la construcción que propone: SCHÜNEMANN admite que existen deberes extrapenales, pero son la *ratio cognoscendi* que nos indica quién puede ser autor, pero no la *ratio essendi*⁶⁷. Por tanto, la existencia de un deber extrapenal no es más que un indicio que nos

que el otro debe ser respetado como persona. Las instituciones positivas exigen, además, la edificación de un mundo en común. Así pues, *los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos inintercambiables institución negativa/institución positiva, y no de acuerdo con los conceptos intercambiables prohibición/mandato*”.

⁶² Recordemos que ROXIN parece respetar en este punto estrictamente el principio de legalidad, ya que los delitos de dominio o los delitos de deber vienen impuestos y definidos por la ley penal, aunque luego sea suficiente, en el caso de los delitos de deber, que el sujeto infrinja el deber para proclamar su autoría, aunque no cumpla la modalidad de acción expresamente descrita en el tipo.

⁶³ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*, 2000, p. 425, considera que la concepción de SCHÜNEMANN es un intento de reunir los delitos de dominio y los delitos de deber bajo un criterio normativo. Estoy de acuerdo con esta valoración, en el punto de que en la concepción de SCHÜNEMANN está presente la idea de deber y de su infracción; Cfr. tb. en este sentido la exposición de la tesis de SCHÜNEMANN (junto con la de GRACIA y RUEDA MARTÍN) y su valoración crítica de GÓMEZ MARTÍN, *Delitos especiales*, 2006, pp. 201 ss.

⁶⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *Derecho Penal y Criminología*, 25 (75), 2004, pp. 13 - 26, en particular p. 20.

En línea <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037> (consultado 28/8/2018). Tb. cfr. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en LH-RODRÍGUEZ MOURULLO, 2005, pp. 981 - 1006.

⁶⁵ GG, *der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, Otto Schwartz, 1971, p. 236; *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal* (trads. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2009, p. 283.

⁶⁶ GG, 1971, p. 236; *Fundamento y límites*, 2009, p. 282. Este concepto superior es producto de su trabajo por definir un criterio de equiparación entre la acción y la omisión impropia, a través de una metodología lógico-objetiva y en esta línea expone que “pues, el *concepto superior*, que se necesita para una equivalencia del hacer y la omisión impropia puede ser alcanzado por medio de una abstracción de los fundamentos de imputación hallados en la acción”. (GG, 1971, p. 236; *Fundamento y límites*, 2009, p. 282), por tanto como primer paso el sujeto tiene que tener dominio absoluto sobre su cuerpo y por ende sobre su acción (GG, 1971, p. 236; *Fundamento y límites*, 2009, p. 282), pero luego hay que encontrar el fundamento o razón *normativa* que otorga el dominio sobre la producción del resultado al sujeto (GG, 1971, pp. 240 ss.: *Fundamento y límites*, 2009, p. 287).

⁶⁷ SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *RDPCr*, 25 (75), 2004, pp. 21 - 22.

En línea <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037> (consultado 28/8/2018) considera en esta línea que las posiciones de garante (dominio de la fuente de peligro y dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico) son subtipos del dominio sobre el fundamento del resultado. “Por lo tanto, los

muestra el camino hacia los posibles autores, pero no fundamenta la autoría. En los casos de delitos especiales, que en la concepción de SCHÜNEMANN son delitos especiales de garante, lo importante no es el deber extrapenal, sino **la función o status que tienen aquellos sujetos cualificados por la posición social que ocupan y que deben proteger el bien jurídico de un modo especial**⁶⁸. Y ello precisamente, porque esta posición social se ha creado con el objetivo de que les permita proteger de un modo más eficaz el bien jurídico, pero precisamente por ello el bien jurídico se muestra más vulnerable a sus lesiones. Incluso para SCHÜNEMANN existe *una posición material de dominio sobre la vulnerabilidad*⁶⁹ del bien jurídico⁷⁰, lo que le hace afirmar que quien asume de modo fáctico la relación de dominio, pese a que no posea el *status* formal exigido por el tipo especial de garantía, puede ser garante del bien jurídico⁷¹. Por último, SCHÜNEMANN explica cómo la idea general de dominio sobre el fundamento del resultado alberga dos subcategorías⁷²: el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico⁷³ y el dominio sobre

delitos impropios de omisión no son delitos de deber (*Pflichtdelikte*) en el sentido de fundar la autoría en la infracción de un deber especial extrapenal. Por el contrario, esa infracción del deber especial extrapenal es un fenómeno que habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante”.

⁶⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *RDPCr*, 25 (75), 2004, p. 23.

En línea <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037> (consultado 28/8/2018).

⁶⁹ SCHÜNEMANN, GG, 1971, p.241 y *passim* utiliza el término *Anfälligkeit*, que prefiero traducirlo como vulnerabilidad, aunque también se ha traducido como indefensión o desamparo. Sobre este término y su traducción véase, LUZÓN PEÑA, *Lecciones Parte General*, 3ª ed., 2016, 31/79 n. 29; *Libertas*, 6, 2017, p.210, n. 159.

⁷⁰ GG, 1971, p. 241; *Fundamento y límites*, 2009, p. 288, en donde explica que es necesario la base física requerida por el nexo causal conducente al resultado y por otro lado la indefensión o desamparo (*Anfälligkeit*) de la víctima.

⁷¹ SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *RDPCr*, 25 (75), 2004, p. 23.

En línea <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037> (consultado 28/8/2018), lo expone de este modo: “Y este es el caso cada vez que el legislador en un delito especial restringe el círculo de autores a los garantes en el sentido del delito de omisión impropia, cuya posición, empero, no formula mediante un concepto-función que caracterice la relación dinámica de dominio, sino mediante el concepto estático del *status* personal. Pues, como en un Derecho penal basado en darle primacía a la protección de bienes jurídicos lo que importa no es la posesión de un *status*, sino portar una función, con la asunción de la función se cumplen también los presupuestos del merecimiento de pena. En cambio, el tipo penal que utiliza el concepto de *status* reduce el ilícito material orientado a la protección del bien jurídico. Por esa razón, al menos en una gran parte de los delitos especiales se trata de lo que he denominado delitos especiales de garantía. En ellos, la posición de autor consiste en una posición de garante penal. Ya conforme a las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así p. ej., no se trata de quien posee la posición de dueño de un perro, sino de quien saca a pasear a un perro peligroso y no interviene cuando el perro se lanza contra un transeúnte”.

⁷² Así sintetiza LUZÓN PEÑA, *Lecciones Parte General*, 3ª ed., 2016, 31/76 ss., la posición de SCHÜNEMANN: “En los delitos de comisión activa resultativos lo que permite la imputación del resultado a la acción y con ello a la persona es que, siendo el movimiento corporal lo que provoca mecánicamente el curso causal conducente al resultado –lo cual ciertamente permite imputar el resultado al movimiento corporal-, hay una peculiaridad del movimiento corporal humano que permite la imputación del resultado a la persona, al centro de imputación personal, y es que es un movimiento no puramente físico como una convulsión epiléptica o un movimiento materialmente forzado por *vis absoluta*, sino debido al centro personal de acción del espíritu y voluntad de una persona psicofísicamente intacta, y ese movimiento corporal voluntario provoca el proceso causal y de ese modo el fundamento inmediato del resultado: con ello “la esencia, decisiva también para la cuestión de la equiparación, de la relación entre persona y movimiento corporal consiste en el *dominio absoluto de la persona sobre el cuerpo*”. Y si en la comisión activa lo esencial es por tanto ese dominio sobre el movimiento que provoca el fundamento inmediato –la causación- del resultado, dicho criterio general del *dominio sobre el fundamento o razón del resultado* ha de ser también aplicable a los supuestos omisivos impropios como criterio de equiparación y equivalencia. Ahora bien, en los delitos omisivos, como no hay una causación mecánica, en el sentido de las ciencias naturales, del resultado por una acción, para poder equipararlos a la comisión activa la imputación activa ha de realizarse en dos pasos o etapas: primero hay que averiguar cuál es el fundamento (o razón) –inmediato(a)- y en segundo lugar examinar si el omitente ejercía dominio sobre el mismo. Ello comienza ejemplificándolo de la mano de algunos

una causa esencial del resultado. En la primera incluye este autor las posiciones de garante de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de vigilancia⁷⁴. En la segunda el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y en los delitos de omisión, las posiciones de garante en particular de los deberes de tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y la responsabilidad de quien dirige la empresa⁷⁵.

3. *Los delitos imprudentes como delitos de deber, de dominio y polivalentes de autoría*

Realizado este sintético desarrollo de las construcciones de estos autores, los cuales más se han ocupado del tema, y retomando nuestro objeto de estudio: el delito imprudente, volvamos a la cuestión de inicio, que dejé apuntada, aunque ya orientada, de si el delito imprudente es un ejemplo claro de delito de deber, ya que el núcleo del injusto en estos delitos es precisamente la infracción del deber de cuidado, y rescatar así la posición de Roxin, que el mismo abandonó, o si por el contrario hay que considerar que la autoría en el delito imprudente puede diseñarse según

casos básicos, de los que cito sólo los últimos: en el caso, límite entre acción y omisión, del conductor que causa con el auto un accidente que se podía haber evitado frenando a fondo, lo decisivo es el dominio sobre el auto en circulación que como fuente de peligro supone el fundamento o razón del resultado, igual que sucede en dos casos indiscutidos de omisión impropia: el de la madre que deja morir de inanición a su bebé lactante, "caracterizado por el dominio de la madre sobre el bebé desamparado", y el del guardagujas que no cambia la vía, haciendo chocar a los trenes, donde el mismo "ejerce el dominio sobre la aguja del cambio de vías, que constituye el fundamento del resultado" como se ve, la fundamentación es simple y poco desarrollada. SCHÜNEMANN desarrolla ese criterio señalando que el fundamento del resultado –sobre el que ha de haber dominio- puede consistir en primer lugar en el sustrato físico de un movimiento corporal causante o de una cosa peligrosa, un curso peligroso como los procesos técnicos o en general de una fuente de peligro y en segundo lugar en el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima y reconoce que su criterio se superpone con la bipartición de ARM. KAUFMANN de posiciones de garante de supervisión de una fuente de peligro y de protección de un bien jurídico, pero añadiendo como requisito esencial el elemento lógico-real del dominio sobre ello". Y para un tratamiento más amplio cfr. LUZÓN PEÑA, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas*, (6), 2017, pp. 208 ss.

⁷³ A este respecto manifiesta LUZÓN PEÑA, *Lecciones Parte General*, 3ª ed., 2016, 31/79; *Libertas*, (6), 2017, p. 211, que no es verdad que en el caso de los garantes de protección el fundamento o razón del resultado sea la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima, puesto que por mucho que exista esta situación en la víctima, si no opera un peligro no se produce el resultado lesivo; "es nuevamente el peligro que surge unido a que nada se le enfrenta (la desprotección o desvalimiento), el fundamento, origen o razón del resultado. Pero como, a diferencia de lo que ocurre en los garantes de vigilancia y control, el garante de protección no tiene dominio actual (control) sobre el peligro o el riesgo, sino que a lo sumo podría intentar hacerle frente para proteger del mismo a alguien desprotegido, y eso sería solo control potencial, para poder seguir con su teoría del dominio SCHÜNEMANN recurre a hablar de dominio de garante sobre el desvalimiento o desamparo (desprotección) de la víctima. Lo que sí hace SCHÜNEMANN es destacar que tiene que haber una *especial* vulnerabilidad, desvalimiento o desamparo de la víctima para restringir la responsabilidad en comisión por omisión a los casos más extremos y no a cualquier supuesto de desprotección".

⁷⁴ SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *RDPCr*, 25 (75), 2004, pp. 21 - 22.

En línea: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037> (consultado 28/8/2018).

⁷⁵ SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *RDPCr*, 25 (75), 2004, pp. 21 - 22; SCHÜNEMANN, *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas* (trad. por Lourdes Baza), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, pp. 129 ss. en particular pp. 137 ss.

las reglas de los delitos de dominio y de los delitos de deber, sin que tengamos que realizar una construcción de la autoría específica para estos delitos.

3.1 La necesidad de elaborar una dogmática del delito imprudente en la sociedad del riesgo

Antes de contestar a esta cuestión quiero reivindicar la importancia que tiene en nuestros días el elaborar una teoría del delito imprudente. El finalismo lo relegó a un segundo plano, pero actualmente ha cobrado una inusitada relevancia.

Describamos algunos aspectos de nuestra realidad: Vivimos inmersos en una sociedad tecnológica, tecnócrata, globalizada y, permítaseme el adjetivo terminológico, googlelizada. Los intercambios interpersonales son muchos y a distintos niveles, gracias precisamente a estos progresos tecnológicos, pero también la forma de trabajar ha cambiado arrastrada por una nueva forma de organización empresarial y de los sectores de actividad. Asistimos a la formación de macroempresas que precisamente por su gran tamaño necesitan crear secciones y centros de trabajo con múltiples departamentos. Ello trae como consecuencia que se instale una forma fragmentaria y atomizada de concebir el trabajo, por lo que el control se tiene y se ejerce por cada uno de los participantes sobre una minúscula o microscópica parte de todo el proceso productivo, apareciendo el efecto reflejo de la segmentarización de la responsabilidad. Esta forma de organizarse puede dar muy buenos resultados económicos y laborales, no lo ponemos en duda, pero ha creado *lagunas de punibilidad sistémicas*, ya que la responsabilidad por lo que se pueda realizar irresponsablemente se ha degradado tanto que para muchos ha perdido el significado de sentido y la entidad suficiente para considerar que hay materia bastante para declarar una responsabilidad penal personal por el hecho.

Por otro lado, esa nueva forma de organización tecnológica interconectada a escala global, pero al mismo tiempo fragmentada, en una sociedad con un modo de vida arriesgado *incrementa las posibilidades de lesión* a los bienes jurídicos, a los que no se busca lesionar de propósito en la mayoría de los casos, pero las oportunidades para lesionarlo *objetivamente* han aumentado, frente a una sociedad menos tecnificada y sofisticada.

Si a esto le unimos que la revolución tecnológica, sin olvidar que ha mejorado la calidad de vida, trae de la mano la creación o elevación de riesgos, hasta el punto de que *vivimos en una sociedad del riesgo*⁷⁶, el panorama resulta poco halagüeño, ya que por una parte los riesgos nos acosan, y los riesgos que nos acosan se generan por tantas personas que intervienen en la creación o elevación de ellos, que cuando nos preguntamos quién los ha generado, nuestro dedo no sabría a quién señalar, porque podría señalar a todos y a nadie.

Ante esta nueva realidad, el Derecho penal sufre un pequeño colapso y una *crisis de conceptos*. Y hay que ponerse manos a la obra para dar una respuesta normativa jurídico-penal.

⁷⁶ Concepto acuñado por ULRICH BECK: véase al respecto entre sus numerosas obras, *Risikogesellschaft, auf dem Wege in eine andere Moderne*, 1992; en castellano: *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, 2002; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, 1998; *Die Modernisierung der Moderne*, 2001; *La sociedad del riesgo global*, 2002; *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, 2004; *Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, 2007.

En mi opinión, en esta nueva realidad cobra gran relevancia el delito imprudente. *El paradigma delictivo*, sin con ello desbancar la delincuencia dolosa, *de una sociedad del riesgo resulta ser el delito imprudente*. Manejar y controlar riesgos se ha convertido para cada uno de nosotros en una actividad completamente cotidiana, casi rutinaria, y prácticamente ninguno de nosotros, que manejamos riesgos diariamente, queremos producir resultados lesivos a la hora de gestionar nuestra esfera de riesgos, salvo los supuestos minoritarios de delincuentes dolosos, y, sin embargo, cada uno de nosotros somos potenciales delincuentes imprudentes, porque sólo habrá que traspasar una delgada línea roja, que viene establecida por el riesgo permitido, para cometer una imprudencia.

Este entorno que acabamos de describir vuelve a mostrarnos una realidad preformada y el Derecho penal, como diría RADBRUCH⁷⁷, la tiene que transformar, para ser asumida por la ciencia jurídica y atribuir a los sucesos reales un valor de sentido en el sistema jurídico-penal. Para llevar a cabo este trabajo de transformación es indudable que uno de los conceptos básicos que se va a manejar en una *sociedad del riesgo* es el *delito imprudente*⁷⁸ y acompañándolo de cerca el concepto de *riesgo permitido*, así como el *concepto de deber* con su universo de *competencias* asumidas y *competencias delegadas*.

Por tanto, asistimos a la *imperiosa necesidad de desarrollar conceptualmente el delito imprudente* y los conceptos y categorías que le dan contenido y lo explican, entre ellos la autoría. Fíjense si la realidad ha derribado muros, que *la dogmática alemana* de la noche a la mañana habla de y admite *la coautoría imprudente* con una naturalidad que a algunos nos sorprende. Una dogmática alemana que había negado cualquier forma de autoría o de participación en el delito imprudente y de la que de repente se esfuma cualquier tipo de resistencia y de escrúpulo lógico-material, cuando se trata de hablar de una coautoría imprudente en una decisión colegiada, que se toma para distribuir un producto en el mercado del que se tenían sospechas fundadas sobre su carácter nocivo para la salud⁷⁹.

⁷⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, pp. 219 ss.

⁷⁸ Hace ya más de una década, (entre otros, ROSO, *Autoría y participación imprudente*, 2002, *passim*, ROSO CAÑADILLAS, «El delito imprudente y los delitos de infracción del deber», *Huellas*, (72), 2011, pp. 112 ss.) que vengo anunciando (y denunciando) la necesidad de desarrollar la dogmática del delito imprudente como el paradigma de la sociedad, y últimamente también considero necesario el desarrollo de la dogmática del delito omisivo, en particular del delito comisivo omisivo, de un modo autónomo, separado del delito comisivo doloso. A este respecto, SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en SILVA SÁNCHEZ/ MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 39, manifiesta que “el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente”. Esta afirmación y su desarrollo se encuentra en GÜNTHER, KLAUS, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?, en Institut Täterschaft und Tatherrschaft o de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999, pp. 489 - 505.

⁷⁹ Un caso paradigmático de imprudencia con posición de garante y en el que se manejó la categoría de la coautoría lo encontramos en los años 90 en la jurisprudencia alemana y dentro de lo que se denominó como responsabilidad penal por el producto (*Strafrechtliche Produkthaftung*). La sentencia del *Lederspray* (BGHSt 37, pp. 106 ss. en NJW 1990, pp. 2560 - 2569) o spray para cuero marcó todo un hito dentro de la doctrina y jurisprudencia alemana y también de nuestro país junto con el caso de la colza que caminó de modo paralelo. En el caso alemán se trata, además de las cuestiones de causalidad y autoría, el contenido de los deberes y la posición de garantía del empresario que ha puesto en circulación el producto defectuoso. Partiendo de que estamos en el ámbito de la imprudencia el TS alemán fundamentó la responsabilidad de los directores de la empresa (*Geschäftsführer*) en una posición de garante por ingerencia, ya que el actuar precedente antijurídico de aquel que pone en situación de

3.2 Delitos de dominio y delitos de deber desde el enfoque del delito imprudente

Hecho este inciso o pequeño excurso con tintes reivindicativos, pero del que se extrae como conclusión la importancia del delito imprudente, volvemos a la cuestión planteada sobre la relación del delito imprudente con los delitos de dominio y los delitos de deber.

Al primer planteamiento, recordemos: sobre si todos los delitos imprudentes son delitos de deber, *la respuesta ha de ser negativa*. Los delitos imprudentes no son delitos de deber porque la imprudencia, como parte subjetiva del delito, consiste ella misma en la infracción de una norma de cuidado, la cual en la mayoría de los casos no contiene un deber especial. El propio ROXIN ofrece el argumento para tildar de incorrecta su posición originaria⁸⁰. Y así explica, como hemos expuesto al principio de este trabajo, cómo perdió de vista la naturaleza del deber y consideró que el deber impuesto por la norma de cuidado era un deber especial por principio, cuando en muchos casos es un deber general que atañe a todos y que no pretende, por ello, restringir el círculo de autores.

ROXIN, en mi opinión, se excedió en sus planteamientos, porque *no se puede mantener*, por las razones que expuse al inicio de este trabajo, que *toda infracción de la norma de cuidado lleve implícito un deber especial*. ROXIN no podía establecer esa identidad, si quería seguir siendo coherente con su propia construcción. Por eso se dio cuenta de que *no todos los delitos imprudentes son delitos especiales por el hecho de ser imprudentes*, sino que los delitos especiales lo son independientemente

peligro a un tercero le compromete a evitar el daño amenazante (*Anerkannt ist jedenfalls, daß derjenige, der durch pflichtwidriges Vorverhalten eine Gefahrenlage für Dritte geschaffen hat, verpflichtet ist, den dadurch drohenden Schaden abzuwenden*). Este actuar precedente lo situó la cámara penal en poner en el mercado el producto defectuoso, lo que es una conducta antijurídica que da lugar a que se tenga la responsabilidad (*einstehe für/dafür*) de que el peligro generado no cause daños. El TS alemán se topa con un obstáculo y es que la puesta en el mercado de tales productos no fue en su inicio un comportamiento imprudente, debido a que era imprevisible en aquel momento, no había datos de ello, que el spray fuera perjudicial para la salud. Por tanto, no existe un comportamiento ingerente imprudente; sin embargo, el alto tribunal ofrece una argumentación que salva este obstáculo y es que existe una infracción del deber objetiva (*objektive Pflichtwidrigkeit*) que fundamenta la posición de garante, puesto que ésta no se basa en una infracción del deber de cuidado, ni presupone una infracción del deber de cuidado, porque es suficiente con una desaprobación jurídica de la producción del resultado. Con la posición de garante no se afirma ya la responsabilidad penal, sino si el sujeto es el destinatario de la norma, la cual rige la forma de comportamiento de tipo penal. Por tanto, el empresario que distribuye y comercializa un producto defectuoso es el destinatario de la norma que desaprueba la creación de peligros y quien en el caso de que existan debe evitarlos. En mi opinión, es de alabar todo el esfuerzo argumentativo que hace el TS alemán en un tiempo en que la responsabilidad penal empresarial, la responsabilidad penal por posición de garante y la responsabilidad penal por el producto suponían categorías sin apenas desarrollo, que había que aplicar a realidades nuevas. Dicho lo cual, encuentro incorrecto el punto de partida del TS alemán para fundamentar la posición de garante. Empezó mal, pero terminó bien. Y empezó mal, porque, aunque ciertamente puede sostenerse, como hace buena parte de la doctrina, que también hay ingerencia no imprudente en la conducta que materialmente crea un riesgo aunque sea imprevisible y por ello fortuito, a mi juicio es preferible considerar que no hay ingerencia en el empresario que *ex ante* objetivamente no puede saber que está creando un peligro con la puesta en el mercado de su producto y su distribución para el concurso (imprevisibilidad objetiva). Nos encontramos ante un caso fortuito, en cuyo contexto el comportamiento del sujeto (o, puede sostenerse, de los sujetos) normativamente no crea, ni aumenta el peligro y no debemos olvidar cuál es la esencia de la ingerencia: actuar precedente que crea un peligro. Pero negar la ingerencia, no es negar la posición de garante. Y aquí es cuando el TS alemán termina bien, porque efectivamente existe el deber en quien desarrolla una actividad materialmente peligrosa, como se comprueba *ex post*, de que, si el peligro se ha manifestado tangiblemente, debe evitar los resultados lesivos desde el momento que lo conoce, por lo que en este caso, la evitación debe ser la retirada del mercado de dicho producto.

⁸⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3ª ed., 1975, pp. 601 - 602.

de que se solape a su estructura objetiva la estructura subjetiva de un delito doloso o un delito imprudente.

Ahora bien, la huida radical de esta tesis que mantuve y mantengo no nos puede llevar al extremo contrario y sostener que todos los delitos imprudentes luego son delitos de dominio. Ni lo uno, ni lo otro. Y ello, por una cuestión fundamental: que un delito tenga como *núcleo* de su descripción un deber o especifique una concreta forma externa de lesionar el bien jurídico no es una cuestión que dependa en este punto de si el delito es imprudente o es doloso, sino de cómo el legislador haya decidido diseñar la norma y su fundamento político-criminal y material, la descripción típica objetiva, la protección del bien jurídico y por ende la autoría. En consecuencia, no hay una correlación automática entre una autoría basada en la infracción del deber y el delito imprudente y tampoco la hay entre una autoría basada en la idea de dominio y delito imprudente.

La autoría se construirá, entonces, con base en la infracción de un deber o en la existencia de dominio y luego quedará matizada por las especificidades de otros elementos del delito, que forman parte del tipo, como es el dolo o la imprudencia. Por tanto, *considero incorrecto el enfoque metodológico que se basa sólo y exclusivamente en la parte subjetiva del tipo para aplicar una construcción de la autoría u otra.*

Hasta aquí niego que los delitos imprudentes sean *todos* delitos de deber, pero sí que afirmo que la autoría y la participación en el delito imprudente pueden a veces construirse a partir de la infracción de un deber especial, que deriva de la posición especial del sujeto activo frente al bien jurídico.

3.3 Los delitos polivalentes de autoría

Desde que ROXIN nos descubre los delitos de deber, la autoría en Derecho penal parte de un planteamiento bifronte y en la construcción de ROXIN además tajantemente separado: así p.ej. o el homicidio es un delito de deber, porque hay un deber especial que reside en y emana de la cualidad o posición especial del sujeto activo, o es un delito de dominio. A partir de aquí, para ROXIN, la fundamentación de la autoría es totalmente distinta en ambos casos y transita por caminos distintos.

Hace ya unos años que me cuestioné⁸¹ ese carácter irreconciliable entre una forma de autoría y otra en cada delito, y me pregunte por qué el criterio del dominio excluye necesariamente la existencia de un deber y si no podemos dominar infringiendo deberes especiales. La respuesta considero que debe ser afirmativa, pero vayamos por partes.

ROXIN mantiene en su obra que los delitos de deber son los delitos especiales, pero también son delitos de deber para este autor los delitos cometidos en comisión por omisión, o mejor en comisión omisiva, siguiendo la terminología que propongo, y resulta que los delitos tradicionalmente considerados de dominio también pueden ser cometidos por comisión omisiva. Si los delitos cometidos en comisión omisiva son delitos de deber por la existencia de una posición de garante, cualquier delito que admita esta forma de lesionar el bien jurídico, aunque se

⁸¹ ROSO CAÑADILLAS, «El delito imprudente y los delitos de infracción del deber», *Huellas*, (72), 2011, pp. 116 ss.

haya etiquetado primaria y originariamente como de dominio también simultáneamente es un delito de deber, y por tanto hay que concluir que el homicidio no es *exclusivamente* un delito de dominio en todas sus manifestaciones.

Pero es más, hay delitos especiales que no son delitos de deber si consideramos con JAKOBS, que el deber extrapenal no debe ser aislado y particular para el caso concreto, sino que debe estar institucionalizado, y si es así, hay que terminar por aceptar que no todos los delitos especiales son delitos de deber y que muchos delitos comunes pueden ser cometidos infringiendo un deber especial.

Y por último, hay delitos en el Código Penal español cuyo injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y forma de realizar esa conducta, es decir, de infringir ese deber, teniendo así un carácter mixto, en mi opinión, por la necesidad típicamente impuesta de infringir un deber, pero restringiendo la forma de infringirlo a través de la necesidad de dominar el hecho.

En fin, llegados a este punto la frontera entre los delitos de dominio y de infracción de un deber se difumina y se llega a la deducción de que pueden concurrir.

Después de estas reflexiones considero que se puede realizar una clasificación de los delitos atendiendo al principio de legalidad y a los conceptos de dominio y de deber. Desde estas bases hay que tener en cuenta que cualquier tipo de la parte especial tiene que ser complementado por otras normas que se encuentren en la parte general y por tanto no hay que atender tanto o solo a la estructura del tipo. En este punto me acerco más a las posiciones de JAKOBS y considero que hay delitos comunes que se pueden convertir en delitos de deber y ello por las posiciones de garante con deberes institucionalizados o por cláusulas de equivalencia como la que se encuentra en el art. 11 CP. Así considero que hay tres tipos de delito, teniendo como punto de enfoque la categoría de la autoría:

a) Delitos de deber puros: son los que definen la autoría sólo y exclusivamente a través de la infracción de un deber, siendo exactamente igual cómo lo infrinja el sujeto: mediante acción u omisión, por una intervención de autoría o de participación⁸². El peso de la imputación recae en que se ha infringido un deber que atañe a un sujeto que tiene una relación especial con el bien jurídico. Un ejemplo de estos delitos es la malversación de caudales públicos del CP español, que castiga al funcionario que sustrae el mismo o consiente que un tercero lo haga. En este grupo también incluyo los delitos de omisión puros⁸³ y los delitos de omisión puros de garante, puesto que en ellos igualmente se infringe un deber sin necesidad de dominar el riesgo que lleve al resultado.

⁸² Estos son los delitos puros de deber de la concepción roxiniana (ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, 352 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 343 ss.), pero no olvidemos que también en la construcción roxiniana los delitos omisivos son delitos de infracción de un deber (Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 458 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 441 ss.).

⁸³ Los delitos puros de omisión son delitos comunes y no delitos especiales y sin embargo en su base se encuentra un deber general, que incluso puede estar institucionalizado.

b) Delitos de dominio o de determinación objetiva del hecho puros: En ellos se configura la autoría a través de la conducta más apta y capaz para realizar el resultado en el caso concreto. Lo que importa son las cualidades intrínsecas de la acción, que la convierten en la más lesiva posible en el contexto concreto analizado. Al contrario de lo que parecía, a saber, que los delitos de deber son la excepción y los delitos de dominio son la forma más generalizada de autoría, sostengo que hay muy pocos delitos de dominio puros, debido a que la mayoría de ellos, aunque se encuentren tipificados primariamente como de dominio, pueden ser realizados en comisión omisiva, lo que les reconduce al ámbito del deber especial. En consecuencia, un delito de dominio puro viene determinado por su estructura típica y porque en el contexto concreto no exista la posibilidad de que emerja ningún deber especial, el cual coloque al autor en una posición especial que le exija, frente al resto de intervinientes y frente a la sociedad, actuar de modo sobresaliente para salvaguardar y proteger el bien jurídico. Un ejemplo de esta clase de delitos podría ser el delito de asesinato, que describe modalidades de ejecución y a su vez estas son netamente activas o delitos de mera actividad, en los que está presente la característica discutible de ser de propia mano como la violación, la tenencia ilegal de armas, la conducción temeraria o bajo alcohol o drogas.

c) Delitos polivalentes de autoría: Estos delitos o bien pueden ser realizados por un sujeto que cometa el hecho de una forma primaria, fáctica y ontológica, p. ej: coger el arma y disparar, o bien por un sujeto que infringiendo su deber especial llega a ser autor por una vía más abstracta y normativa, es decir, estos delitos están redactados de una manera abierta en la que caben ambas formas de autoría. Se podría pensar en un delito común en el que uno de los sujetos mate al hijo, mientras el padre está quieto o le sujeta. En estos casos nos podemos encontrar con un autor por dominio del hecho y con autor por infracción del deber institucionalizado⁸⁴. Se puede llegar a barajar la posibilidad de que los delitos especiales en la concepción de ROXIN, si se realizan con un *extraneus* que tiene el dominio del hecho y con un *intraneus* que infringe un deber, son en esencia delitos polivalentes de autoría, pero que por el principio de legalidad ha habido grandes obstáculos para castigar al instrumento doloso no cualificado. Ahora bien, si se entiende que desde una perspectiva funcional y teleológica la norma prohíbe tanto la infracción del deber como el dominio de la acción⁸⁵ –es decir, organizarse de un modo lesivo- que causa el riesgo, de este modo se podría abrir una vía para castigar al instrumento doloso no cualificado⁸⁶.

⁸⁴ Esta solución se defiende por aquella parte de la doctrina que mantiene que el elemento de posición de garante es suficiente para construir la autoría en los delitos de comisión omisiva, pero no es la solución que yo defiendo, como expongo más adelante. Siguiendo a otra parte de la doctrina, mucho más restrictiva, (cfr. LUZÓN PEÑA, *Libertas*, 6, 2017, pp. 207 ss.) considero que la autoría en el delito comisivo omisivo no se puede afirmar con la sola existencia de una posición de garante. No obstante, no coincido con las tesis restrictivas de la autoría en el delito omisivo, cuando su posición metodológica parte de establecer una relación de equivalencia entre la comisión comisiva y la comisión omisiva, ya que abogo por la autonomía del delito omisivo. Cfr. ROSO, *Foro FICP*, 2017-1, pp. 233 - 244; *El delito comisivo omisivo*, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *LH-ROXIN*, Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 227 ss.).

⁸⁵ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 460; EL MISMO, 9ª ed., 2015, p. 443 desde otro contexto y fundamentos y guiado por su tesis de considerar al delito omisivo como delito de deber y sus consecuencias en el tratamiento de la participación, mantiene en línea con lo que sostengo en este trabajo, que: “La especificidad determinante de las omisiones, en la que se basan en lo esencial también las dificultades prácticas de su tratamiento, no cabe encontrarlas, pues, en los conceptos de «omisión» o de «dominio del hecho», ambos sin mayor importancia para la doctrina de la autoría en este ámbito; tampoco reside en el deber como elemento fundamentador de la autoría, que aquí no tiene índole distinta que en los delitos de deber comisivos. La principal diferencia consiste, más bien, en que en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos

Avanzando, mi pregunta inicial me suscita si se puede dar un paso más, es decir, no sólo que quepa en una misma descripción típica la posibilidad de que la autoría se pueda formar a partir de dos criterios distintos y concebidos de manera antagónica, sino que cabe plantear si tal antagonismo no existe y *pueden concurrir juntos*⁸⁷ en una misma conducta y sujeto y fundamentar así la autoría o complementarse a través de las conductas de varios sujetos y fundamentar la coautoría.

Creo que esta posibilidad es factible y además tiene cabida dentro de lo que he denominado *delitos polivalentes de autoría*⁸⁸ y sobre todo en su versión imprudente, pues es en este ámbito

comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisibles por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de deber y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación”.

⁸⁶ Al menos se puede proponer castigar al *extraneus* según el Código Penal español como cooperador necesario, para no infringir el principio de legalidad, ya que la norma penal requiere cualidades especiales en el autor. Pero si no existiese esa exigencia legal, el que realiza la acción más apta para llegar a la producción del resultado es autor desde una perspectiva material, y la norma penal, no da del delito en cuestión, sino la norma de la parte general que regula la autoría y la participación, desvalora estas conductas porque intervienen en un hecho ilícito y ellas mismas en sí mismas tienen sentido delictivo. Y es que como apuntaba ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 369 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, 356 s. desde la perspectiva del principio de accesoriadad y cuáles son sus consecuencias en los delitos de deber, se puede hablar de inducción del *extraneus*, que fuerza al funcionario para que cometa un delito de torturas, ya que se ha producido una intervención sin infracción del deber especial.

⁸⁷ En el caso de los delitos especiales, RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código Penal*, 2010, pp. 70 ss. sostiene la cualidad de la complementariedad entre el dominio del hecho y el dominio social a propósito del estudio de la construcción de la autoría de WELZEL en los delitos especiales: “Podemos sintetizar la tesis expuesta por WELZEL de la siguiente manera: tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales se exige que el autor tenga el dominio final del hecho, de manera que el dominio del hecho aparece como un elemento irrenunciable en la imputación de un hecho a título de autor por lo que debe añadirse un elemento adicional de carácter normativo, el dominio social que se pone de manifiesto en la posición especial de deber en la que se encuentra el autor en dichos delitos especiales. El dominio final del hecho y el dominio social del hecho, según la tesis expuesta por WELZEL incluso con posterioridad, no son dos conceptos independientes en los delitos especiales, sino complementarios y en cualquier caso ambos están relacionados con el principio de dominio” (pp. 70 - 71). Más extensamente, cfr. GÓMEZ MARTÍN, *Delitos especiales*, 2006, pp. 366 ss. desarrollando las formulaciones “mixtas” de la teoría de los *Pflichtdelikte*.

⁸⁸ Ha habido autores que a propósito del análisis de tipos de la parte especial han manejado categorías muy cercanas a la construcción que aquí propongo, así cfr. en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 71 ss.; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.)/ BACIGALUPO SAGESSE/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas Derecho y Economía*, 2007, pp. 74 ss.; GÓMEZ MARTÍN, Caso del asesor fiscal, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 676 ss.; TORRES CADAVID, *Problemas de los delitos contra la Hacienda Pública. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal*, Tesis doctoral, 2017, Univ. de León, pp. 397 ss.; *El delito de defraudación tributaria del art. 350 cp. Especial referencia a la responsabilidad penal del asesor fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa). Todos ellos utilizan la terminología de delito especial mixto para caracterizar al delito de defraudación tributaria y resaltar que en estos casos confluyen la infracción de un deber extrapenal y la organización lesiva (el dominio) del sujeto causando un perjuicio, por lo que el desvalor de la acción no se agota con la infracción del deber. Cfr. la exposición que realiza de la construcción de estos autores, TORRES CADAVID, *Problemas*, Tesis doctoral, 2017, pp. 390 ss.; *El delito de defraudación tributaria del art. 350 del Código Penal. Especial referencia a la responsabilidad penal del asesor fiscal*. En un trabajo conjunto sobre el delito de administración desleal (LUZÓN PEÑA/ROSO, «Administración desleal», (BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 35) no utilicé la categoría de delito polivalente de autoría, pero sí se explica que: “El núcleo del desvalor del hecho contempla la infracción de deberes, pero sin ser exclusivamente el único elemento que define el desvalor de la acción en estos delitos, por lo que no estamos ante un delito de infracción de un deber en su sentido estricto, ya que no es penalmente típica cualquier infracción de ese deber, sino que la infracción de esos deberes se tiene que realizar de una determinada manera. Desde esta perspectiva se podría hablar de delitos de infracción de un deber con modalidades limitadas de acción, pudiendo ser un claro ejemplo de este grupo el artículo 295”.

donde han proliferado los deberes especiales con el fin de fijar los estándares del riesgo permitido. Como exponía antes el paradigma de una sociedad del riesgo es el delito imprudente.

En los delitos polivalentes de autoría nos podemos encontrar con que el dominio del hecho o la determinación objetiva del hecho, presente en las formas de descripción lesivas del bien jurídico, se configura en su núcleo a través de la infracción del deber especial. Y ello porque el deber especial está conformado de tal modo que su infracción *es la forma más capaz y más idónea para lesionar el bien jurídico*, por lo que determina el hecho. Es decir, la infracción del deber, según la configuración de algunos hechos, es una forma de dominio o de determinación objetiva del hecho⁸⁹, *porque no se castiga la mera infracción del deber, sino que se castiga la infracción del deber que crea un riesgo o eleva un riesgo, la cual en su desarrollo lógico-objetivo desemboca en la producción del resultado lesivo, que justo el cumplimiento del deber hubiera evitado*. Por otro lado, el deber es un deber especial, por lo que el sujeto tiene una posición distinta y diferenciada, respecto a otros, en su relación con el bien jurídico. Además dará igual que el sujeto activo realice una acción o una omisión, lo verdaderamente importante es que con su conducta infrinja un deber que es el que determina objetivamente la producción del resultado lesivo.

Considero que en estos delitos polivalentes de autoría se realiza un *proceso de transducción*⁹⁰, en el que tipo penal responde a las características del contexto y se transforma. Existe una interacción de los elementos del tipo con el medio, con el contexto social a través del cual se manifiesta y se adapta, produciéndose un fenómeno de conversión en el que el deber y su infracción se transforma en dominio y ambos se complementan.

⁸⁹ Sobre el fundamento normativo de la teoría del dominio y determinación objetiva del hecho, véase DÍAZ, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 631 ss., pp. 636 ss., p. 703; EL MISMO, *EJB*, 1995, pp.696-697; EL MISMO, *EP*, 2002, pp. 144 s.; «Der Einfluss der Roxinschen Täterschafts theorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung. Kritische Betrachtungen», *GA*, 2011, p. 272 [versión española: La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de ROXIN en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas, en *Nuevo Foro Penal*, Colombia, 76, 34]; Un diálogo crítico con Claus ROXIN y su teoría de la autoría, *CPC* 123, 2017, p. 9; Claus ROXIN y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias, en *LH-ROXIN* por Doctorado h. c. UIGV, Lima, Perú, 2018, p. 141. LUZÓN PEÑA/DÍAZ, *Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklichung als Täterschaftsmerkmale*, en *FsRoxin*, 2001, pp. 581 ss. (en versión española, con ligeras modificaciones: Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VIII, 2000, pp. 59 ss.

⁹⁰ El término transducción significa básicamente transformación, conversión en el ámbito científico, principalmente en biología y genética. Así en genética, la transducción es el proceso por el que se introduce material genético exógeno utilizando un virus como vector. En biología celular, la transducción de señal es el proceso por el que una célula convierte una determinada señal o estímulo exterior, en otra señal o respuesta específica. En electrónica es la transformación de un tipo de energía en señal eléctrica o viceversa por medio de un transductor. En la bioquímica se explica como la conversión de una forma de energía de una manera diferente. En teoría literaria la transducción sirve para designar los procesos de transmisión dinámica (intertextualidad, transferencia intercultural, recepción crítica, parodia, readaptaciones...) de que pueden ser objeto las obras literarias. Etimológicamente, el vocablo «transducción» procede del latín *transductio*, *-tionis*, cuyo sentido era el de transmisión (*ducere*, “llevar”) de algo a través de (*trans-*) un determinado medio que actúa sobre el objeto, provocando en él ciertas transformaciones. *Transductores*, pues, el agente que transmite (*ductor-oris*) un objeto que por el hecho mismo de ser transmitido es también transformado, como consecuencia de la interacción con el medio a través del cual se manifiesta.

Cfr. en línea [https://es.wikipedia.org/wiki/Transducci%C3%B3n_\(teor%C3%ADa_literaria\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Transducci%C3%B3n_(teor%C3%ADa_literaria)) (consultado en agosto 2018). La elección del término y la utilización en este contexto jurídico viene provocado por el matiz que introduce su propio proceso, ya que se trata de una transmisión dinámica transformativa, de tal modo que cuando la descripción típica se pone en contacto con el contexto (medio) social y emerge un deber especial, el tipo se transforma teniendo consecuencias en la interpretación de la autoría.

Pondré algunos ejemplos, consciente de que los problemas y matices son muchos más de los planteados aquí:

1.º) Pensemos en un padre que le facilita de un modo imprudente el cuchillo o la pistola al homicida de su hijo. En ese caso JAKOBS considera que el padre también es autor de un homicidio por infringir el deber especial e institucionalizado –por lo que estamos ante la infracción de deberes positivos y el delito es de deber- que dimana de la relación paterno-filial. El padre tenía que haber cumplido los deberes positivos, que le impone la institución y no lo ha hecho. Según la posición que sostengo, el padre es un garante, ha infringido un deber, que, de acuerdo con JAKOBS, deriva de la institución y le obliga a comportarse de una determinada manera. Hasta aquí mis coincidencias con JAKOBS, ya que la existencia de una institución y de los deberes positivos que acarrea no pueden conducir en todo caso a proclamar la autoría de un modo directo y automático y se tiene que tener en cuenta la morfología del tipo que se infringe y el contexto fáctico de interacción con otras conductas lesivas. Si el delito es un delito polivalente de autoría, cabrán varios criterios de explicación de la autoría, que posteriormente al analizar el caso concreto habrá que contextualizar. En el supuesto de que el padre actúe solo y contemple cómo su hijo se desangra después de haber sufrido un accidente, sin buscar socorro, ayuda o hacer algo para darle una oportunidad de vida a su hijo, el homicidio, como delito polivalente de autoría, admite en este caso tanto ser un delito de deber, como de dominio. Y en la esfera del deber, incluso puede ser un delito de deber puro⁹¹. Ahora bien, si el tipo exige la producción de un resultado lesivo, la sola infracción del deber no es suficiente para cumplir lo preceptuado por el tipo y considerar la conducta del padre como de autoría; en cambio, JAKOBS se olvida de este aspecto y convierte de este modo a todos los delitos con esta concepción en delitos de deber en el momento en que entra en escena “la institución”.

Y sin embargo, en los delitos polivalentes de autoría *cuando existe un solo interviniente* es necesario que, si este tiene una posición especial previa, en un *proceso de transducción* el deber que le compete e infringe acabe dominando el curso peligroso que degenera en la producción del resultado lesivo, de tal modo que lo que empezó con un incumplimiento del deber especial termine dominando el suceso.

Volviendo al supuesto de inicio, desde la concepción que mantengo la conducta del padre, que podía haber consistido también en un no hacer, es decir, en contemplar cómo matan a su hijo sin hacer nada, no es una conducta de autoría, ya que con la infracción de su deber no ha dominado el hecho y en un delito polivalente de autoría hay que tener en cuenta, según los casos, ambos criterios.

⁹¹ Es decir, que nos encontremos ante un sujeto que está en posición de garante, pero que no domina la producción del resultado lesivo, por lo que su actuación se comprendería dentro de la categoría de los delitos de omisión puros de garante y para su castigo debería existir una cláusula en la parte general que puniese las conductas de los garantes en aquellos delitos de resultado en los que el garante no produce el mismo, pero tiene una relación de protección especial y sobresaliente con el bien jurídico. Como esta cláusula general y extensiva de la punición falta en nuestro Código Penal, tenemos la vía de castigar los casos de estas posiciones de garante que infringen el deber sin dominar como participación omisiva en la autoría de dominio de un tercero.

Como vemos, la existencia del deber convierte la cuestión de si el sujeto infringe el deber por medio de una conducta activa u omisiva en algo, en cierta medida, baladí, lo verdaderamente importante es que no ha cumplido el deber y ello hace a la conducta relevante jurídico-penalmente. Por otro lado, como también hay que tener en cuenta el criterio del dominio o la determinación, resulta que la actuación más apta para matar en el caso concreto es clavar el cuchillo, esta actuación es la que crea el riesgo relevante de producir el resultado típico, o sea, lo que determina la autoría. El riesgo que se crea infringiendo el deber no es el que domina la producción del resultado lesivo, en este caso concreto. En consecuencia, el padre que infringe un deber dentro de la estructura de un delito polivalente de autoría y no domina el hecho, porque es un tercero el que lo hace, no puede ser autor y sí partícipe, siempre que, además de ser garante, su no intervención favorezca o auxilie al autor.

No se me escapa que esta solución no satisface del todo y pese a castigar al padre el castigo parece insuficiente, pues hay todavía parte del desvalor que puede no estar comprendido proporcionalmente en la pena impuesta, y ello porque el padre no es un tercero, sino que el padre está para proteger los bienes jurídicos de sus hijos y se establece una relación de confianza que queda completamente transgredida. Es en este punto en donde cobra relevancia la posición de garante o la institución necesaria para crear un mundo en común. El injusto de este partícipe es claramente mayor que el de un tercero partícipe, aunque evidentemente no mayor que el tercero que ha matado en nuestro ejemplo, ya que ha quebrantado con su intervención en el delito normas básicas instituidas; pero por mucho que así sea, el incumplimiento de los deberes especiales está sometido a la morfología típica y a las normas de la autoría y no se puede dar el salto cualitativo de considerarle autor. Por tanto, hay que buscar otra vía y trabajar para que los ordenamientos empiecen a considerar la tesis que apuntara SCHÜNEMANN en Alemania y SILVA en España de crear delitos de omisión pura de garante. Aunque en mi opinión creo que sería mucho más eficaz y englobaría todos los casos posibles que se pudieran presentar, evitando lagunas de punibilidad, *el introducir una cláusula general en el art. 11 CP⁹² o en su defecto una agravante, superior a las agravantes genéricas, en los códigos penales que pudiera recoger este plus de injusto de los partícipes que son garantes e infringen su deber especial, pero no son autores del hecho.*

Pero, siguiendo con el ejemplo propuesto, también encuentro otra cuestión que apunta a la punibilidad. Me refiero a la discutida cuestión de la punibilidad o no punibilidad de la participación imprudente. En un principio defendí en mi trabajo en términos generales la no

⁹² Considero que el art. 11 tal y como está concebido debería desaparecer de nuestro Código Penal, pues no es necesaria una cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión o mejor entre la comisión y la omisión, ya que el delito comisivo omisivo, como he puesto de manifiesto en varios trabajos (cfr. entre otros, ROSO, LH-ROXIN, 2018, pp. 227 ss.), está incluido en los delitos de resultado y, ello entre otras muchas razones, porque la norma prohibitiva puede ser quebrantada a través de una omisión capaz de crear o aumentar el peligro de producción del resultado, como por otro lado, tangencialmente estoy demostrando en este trabajo al hilo de definir la autoría. Y ello no vulneraría ni un ápice el principio de legalidad. En el lugar de la cláusula de equivalencia, propongo que se utilice el art. 11 para redactar una cláusula general que trate las posiciones de garante y sus consecuencias, dando entrada así a castigar omisiones puras de garante que no pueden producir el resultado, ni son comisiones omisivas, pero que son relevantes jurídico-penalmente. Defendiendo también la solución de una cláusula general con distinta fundamentación, cfr. LUZÓN PEÑA, *Lecciones Parte General*, 3ª ed., 2016, 31/155; *Libertas*, 6, 2017, pp. 269 ss. en particular p. 271.

punibilidad de la participación imprudente⁹³, pero dejé la puerta abierta a considerar posible el castigo de la participación imprudente en determinados casos⁹⁴. Ahora me ratifico en que es necesario y conveniente en una sociedad del riesgo como la nuestra *castigar la participación imprudente en determinados contextos*. Así considero que la intervención imprudente que no puede ser autoría y que ha consistido en la infracción de un deber especial debe ser castigada en su caso como participación; sin embargo la participación imprudente que no esté basada en la infracción de deberes especiales debe ser impune, por cuestiones de necesidad y merecimiento de pena, las cuales ya expuse en su momento⁹⁵. Y debe ser impune tanto si el hecho principal es doloso como imprudente. Sin embargo, un garante que participa de manera imprudente en el hecho doloso o imprudente de otro debe ser castigado como partícipe, si no se puede justificar y explicar su autoría, porque la infracción de su deber ha supuesto el favorecimiento de la lesión del bien jurídico que está llamado a proteger de una manera especial en cualquier contexto o situación, debido a la existencia de un compromiso institucional o asumido.

En conclusión, según mi tesis, el delito de deber imprudente *tiene un ámbito de punibilidad mayor* que el delito de dominio imprudente.

2.º) Siguiendo con los supuestos, podemos encontrar *delitos polivalentes de autoría con modalidades limitadas de ejecución*. En el CP español encontramos algunos ejemplos, así en el antiguo delito de administración desleal (art. 295)⁹⁶, que castiga al administrador de una sociedad cuando infringe el deber que tiene de gestionar de manera leal y honesta el patrimonio de una sociedad, pero el tipo penal sólo está interesado en dos modos de ser desleal: o bien a través de una disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a través de la contracción de obligaciones. Solo realizando estas conductas, la infracción del deber es relevante. En otras palabras, se exige la infracción del deber más el dominio del hecho a través de la realización de las acciones descritas en el tipo. Otro tanto ocurre, en el CP español, con el delito contra la seguridad en el trabajo⁹⁷, que además está castigado tanto si se comete con dolo como con imprudencia. En este caso el empresario infringe su deber de ofrecer unas condiciones seguras para el desarrollo de la actividad concreta, pero sólo será relevante esta infracción del deber a través de la no facilitación de los medios adecuados a estándares de seguridad. En este caso, igualmente es indiferente que no se faciliten los medios a los trabajadores, como que se les faciliten unos que no cumplieran la normativa estipulada. Es ocioso estar pensando si hay conducta activa u omisiva. Lo importante es que el sujeto facilita inadecuadamente los medios y solo el que tiene el deber de hacerlo

⁹³ LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 395 ss.

⁹⁴ LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 416, n. 553.

⁹⁵ Cfr. ROSO, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 395 ss.

⁹⁶ Suprimido por art. único 160 LO 1/2015, de 30-3. La administración desleal se encuentra, después de la Reforma 2015, en el art. 252, con la siguiente dicción: "Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado".

⁹⁷ Art. 316 y 317 Código Penal. "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses". Art. 317: "Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado".

(aunque sea delegado, ya veremos a continuación cuál es la responsabilidad del delegado) tiene la determinación objetiva del hecho, porque *ejecuta la acción que es más capaz de lesionar el bien jurídico como ninguna otra* en el contexto propio y concreto de esa situación frente a cualquier otra intervención y por tanto es autor. Así un delegado de prevención que no facilita a sus trabajadores los cascos y botas necesarios para ejecutar el trabajo será autor de un delito imprudente, si a causa de ello el trabajador se produce una lesión⁹⁸. El tercero, que trabaja en otro departamento y conoce del asunto, no podrá ser autor de un delito contra la seguridad en el trabajo, porque no es de su incumbencia, no le atañe, no tiene una posición especial en esa labor concreta. Sólo está en su mano el denunciar la situación.

3.º) Por último, ¿Qué ocurre en los casos en los que el deber ha sido transferido a otro a través de la delegación de competencias y se mantiene, no obstante, un *deber residual de vigilancia* y de control del delegante respecto del sujeto delegado elegido? Este contexto organizativo y el fenómeno de la delegación también se manifiestan dentro de los delitos polivalentes de autoría y además en estos casos nos encontramos con que varios sujetos infringen deberes especiales. En los supuestos anteriores un interviniente infringía el deber y el otro tenía el dominio. Ahora son varios los que infringen deberes especiales. *En estos supuestos quien tiene el deber especial determinante es el delegado y por tanto será él y no otro el que está ocupando de modo actual y presente la posición especial frente al bien jurídico, nadie le puede disputar esta situación o posición social*. La relación delegado-delegante debe transcurrir conforme al principio de confianza. En consecuencia, si el delegado *infringe su deber y con ello realiza la actuación más apta, capaz e idónea que conduce inexorablemente en el contexto delictivo concreto a la producción del resultado* y determina así la actuación delictiva, el único responsable será él, en el caso de que el control y vigilancia del delegante se haya realizado correctamente y haya servido de modo efectivo para fiscalizar y analizar la labor del delegado. En el caso de que no sea así, porque se ha hecho una dejación y/o una dejadez absoluta de estos deberes o bien, sin hacer las mismas, se ha realizado un control inadecuado por parte del delegante, el principio de confianza habría decaído y hay que analizar la responsabilidad de los delegantes por su comportamiento negligente. En este caso hay varias posiciones de garantía y correlativamente varios sujetos en la posición especial respecto del bien jurídico. Si aplicamos conjuntamente la infracción del deber especial con la determinación objetiva del hecho, el sujeto autor debería ser exclusivamente el delegado y partícipes imprudentes los delegantes, que con su conducta descuidada y negligente no han determinado, sino contribuido a que la imprudencia del sujeto delegado se mantenga.

⁹⁸ Quiero poner de relieve que las premisas y principio del Derecho laboral han influido en el ámbito penal, de tal modo que se han invertido las reglas de la autoría, ya que es el trabajador en muchos casos el que se autopone en peligro conscientemente y el que tiene el dominio sobre el acontecimiento típico, por lo que la autoría desde una perspectiva lógica y material le corresponde al trabajador en la mayoría de los casos; pero la gran carga tuitiva que tiene el Derecho laboral y sus principios han entrado en las normas del Derecho penal y este se ha vuelto permeable, hasta el punto de que en coherencia con las normas laborales el legislador ha buscado la forma de tipificar la infracción de deberes del empleador o su delegado que ponga en peligro bienes jurídicos esenciales. Por tanto, aquí podemos hablar de una forma de autoría mediata en la que es el empleador el que infringe el deber y el trabajador el que domina el hecho con sus autopuestas en peligro conscientes o inconscientes, consentidas o no consentidas y todo este planteamiento unido a la necesidad de proteger al trabajador de los posibles abusos de un mercado laboral concluye en la responsabilidad como autor del empresario, empleador o su delegado.

Otra posible solución se basa en considerar a ambos sujetos autores⁹⁹ accesorios o yuxtapuestos, porque el delegante podía rescatar, por medio del ejercicio de su derecho de avocación, el dominio o la determinación sobre su deber especial delegado, en cualquier momento, pero ello sólo prueba que tienen un *dominio o determinación potencial sobre el hecho*, pero no un dominio actual como lo tiene el delegado justo en el momento en que se produce la lesión al bien jurídico. En el momento en que el delegante transfiere su deber, su función no es cumplir el deber positivo y central que ha delegado, sino el deber de cuidar que se cumpla el deber delegado convenientemente y ello lo impone la organización y funcionalidad de la institución, con el fin de que el delegante sea cuidadoso a la hora de elegir y mantenga un control periódico de las funciones delegadas. Por tanto, en mi opinión, el delegante tiene unas *funciones* de protección que en este contexto y en todo el engranaje son *secundarias, por lo que no determina el hecho*. Ello no significa que sea impune. Por el contrario, como he señalado, defiendo la punibilidad de la participación imprudente en los casos en que el partícipe infringe deberes especiales de protección, de vigilancia y de control.

Terminando con lo que empecé, sí considero que existe una esencia rescatable de aquella posición de los años sesenta de ROXIN. De su “abandonada” posición he podido extraer que el deber desempeña un papel desde determinadas ópticas más importante en el delito imprudente que en el doloso. Y ello se manifiesta en consecuencias como que a) el delito de deber tiene un ámbito de punibilidad mayor que el delito de dominio en el delito imprudente, puesto que la participación imprudente en los delitos de deber tiene y debe ser castigada según mi concepción, que b) en la imprudencia hay deberes residuales de vigilancia y control por el fenómeno de la delegación y que en el delito imprudente conforman un contexto de responsabilidad en el caso de que se infrinjan, que, según mi concepción, da lugar a un castigo por participación imprudente (para el caso de que no exista coautoría o autorías yuxtapuestas), que c) aquellas categorías que ROXIN formuló: los criterios del deber del tipo de injusto, la situación, la posición y la forma de autoría tienen plena vigencia para encarar un análisis de los problemas de autoría en el delito imprudente y también en el delito doloso y que d) en efecto, el delito imprudente tiene una naturaleza con una carga normativa mucho mayor que el delito doloso cuando se trata de definir la autoría.

⁹⁹ Ya desde 1989 LUZÓN PEÑA afirmaba la autoría imprudente en comisión por omisión por incumplir un garante en determinadas circunstancias su deber especial de supervisión y control de fuentes de peligro (Cfr. *Libertas*, 6, 2017, p. 268).

Bibliografía.

BACIGALUPO, S. (2007), *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid.

BECK, ULRICH (1992), *Risikogesellschaft, auf dem Wege in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

————— (1998), *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós.

————— (2001), *Die Modernisierung der Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

————— (2002), *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Paidós.

————— (2002), *La sociedad del riesgo global, Siglo Veintiuno*.

————— (2004), *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Paidós.

————— (2007), *Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

BLOY (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOLEA BARDÓN (2000), *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.

————— (1995), *Enciclopedia Jurídica básica*, Civitas, Madrid.

————— (2002), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, pp. 139 ss.

————— (2011), «Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung. Kritische Betrachtungen», GA, pp. 259 a 283. [versión española: La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de ROXIN en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas, en *Nuevo Foro Penal (Colombia)* 76, pp. 15 - 48].

————— (2018), «Un diálogo crítico con Claus ROXIN y su teoría de la autoría, en *Cuadernos de Política Criminal*, 123, 9; Claus ROXIN y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias», LH- ROXIN por Doctorado h. c. UIGV, Lima, Perú.

GÓMEZ BENÍTEZ (1984), «El dominio el hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 103 - 131.

GÓMEZ MARTÍN (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer/ B de F, Madrid/ Buenos Aires.

————— (2011), «Caso del asesor fiscal», en SÁNCHEZ - OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, La Ley.

GRACIA MARTÍN (1985), *El actuar en nombre de otro I. Teoría general*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

GÜNTHER (1999), «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.

HERZBERG (1972), *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, de Gruyter, Berlín- Nueva York.

JAKOBS (1972), *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, de Gruyter Berlín, Nueva York.

————— (1991) *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter Berlín; *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

KAMM (1999), *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.

KAMPS (1981), *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín.

LESCH (1994), «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wifried Bottke», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 112 - 127.

LUZÓN PEÑA, D. (1996), *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Universitas, Madrid.

————— (2012/2016), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª/3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

————— (2017), «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas*, 6, pp. 145 - 272.

LUZÓN PEÑA/DÍAZ (2001), «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwicklung als Täterschaftsmerkmale», en Schünemann *al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, pp. 581 ss. (en versión española, con ligeras modificaciones: Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, VIII, pp. 53 - 88).

LUZÓN PEÑA/ROSO (2008), «Administración desleal», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, pp. 29 - 68.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ (2007), «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en Bajo Fernández (dir.)/ BACIGALUPO SAGESSE/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*. Mesas redondas Derecho y Economía, Ramón Areces, Madrid, pp. 69 - 104.

RADBRUCH (1963), *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., Koehler, Stuttgart.

ROSO CAÑADILLAS (2002), *Autoría y participación imprudente*, Granada, Comares.

————— (2010), «Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa», en LUZÓN PEÑA (Dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, Libro Homenaje a MIR PUIG, La Ley, Madrid.

————— (2011), «El delito imprudente y los delitos de infracción del deber», *Huellas*, 72, pp. 104 - 120.

En línea <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/huellas-72.pdf>.

————— (2014), «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos y la teoría del delito (1)», *La ley penal*, 109, pp. 5 ss.

————— (2014), «Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada», *Revista General de Derecho penal*, 22, pp.3 ss., en línea https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415286&d=1.

————— (2017), «La autonomía del delito comisivo omisivo», *Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales* 1, pp. 233 ss.

————— (2018), «Reflexiones sobre la autoría imprudente», en LUZÓN PEÑA/DÍAZ (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana*, Libro Homenaje a WOLTER, FICP/Reus, Madrid.

————— (2018), «El delito comisivo omisivo», en LUZÓN PEÑA (dir.), Libro-Homenaje a Claus ROXIN por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, *Fundación Internacional de Ciencias Penales/UIGV*, Lima.

ROXIN (1963) (1967) (1975), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª, 2ª, 3ª, de Gruyter, Berlín.

————— (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft* 9ª, de Gruyter, Berlín; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* trad. a la 9ª ed. alemana por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid.

RUEDA MARTÍN (2010), *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código Penal*, Comares.

SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 2ª, Mohr, Tubinga.

SCHÜNEMANN (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, OTTO SCHWARTZ, Gotinga. (*Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal* (trads. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid).

————— (2002), «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas» (trad. por Lourdes Baza), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid.

————— (2004), «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *Derecho Penal y Criminología*, 25 (75). En línea <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037>

————— (2005), «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en Libro Homenaje a RODRÍGUEZ MOURULLO, pp. 981 - 1006, Civitas, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2013), «Introducción», en SILVA SÁNCHEZ/ MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid.

————— (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.

STRATENWERTH (1971), *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 1ª, Heymanns, Berlín.

TORRES CADAVID (2019), *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia.