

Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito

Joaquín Cuello Contreras

Universidad de Extremadura (Cáceres)

Abstract

El ensayo persigue elaborar un concepto de autor común a todas las modalidades del delito (comisivo, omisivo, especial y por actuación en nombre de otro). Dicho concepto contiene a la vez un elemento ontológico de dominio y un elemento normativo de deber. Así puede definirse unitariamente la autoría como imputación de un resultado a quien dominando su producción es obligado a evitarlo. El concepto vale también para concebir unitariamente la autoría en todas las modalidades del delito y la participación en los casos en que es posible (proporcionando argumentos para excluirla, p. ej. participación por omisión). El fundamento común de la autoría en todas las modalidades del delito permite resolver el difícil problema de la responsabilidad individual en delitos cometidos a través de organizaciones.

This paper aims to develop a common concept of perpetratorship to all forms of crime (action, omission, special and on behalf of another). This concept contains both an ontological element (control) and a regulatory one (duty). So perpetratorship can be defined uniformly as imputation of a result to whom whereas controls its happening is required to avoid it. The concept also applies to a unified perpetratorship in all forms of crime and to other types of involvement where possible (providing arguments to exclude, for example, involvement by omission). The common foundation of perpetratorship in all forms of crime can solve the difficult problem of individual responsibility for crimes committed by organizations.

Der Aufsatz bezweckt, einen allen Deliktsformen (Begehungs-, Unterlassungs-, Sonder- und durch einen anderen begangene Delikte) gemeinsamen Täterbegriff zu entwickeln. Solcher Begriff enthält sowohl ein ontologisches Moment der Herrschaft als auch ein normatives Moment der Pflicht. So darf die Täterschaft einheitlich als Zurechnung eines Erfolgs zu demjenigen verstanden werden, der das Entstehen des Erfolges herrscht und zu dessen Vermeidung verpflichtet ist. Der Begriff gilt auch für eine einheitliche Betrachtung der Täterschaft in allen Deliktsformen sowie der Teilnahme in den Fällen, in denen dies möglich ist — der Begriff liefert gleichzeitig Argumente, um die Teilnahme in einigen Fällen wie dem Fall der Teilnahme durch Unterlassung auszuschließen). Die allen Deliktsformen gemeinsame Grundlage der Täterschaft ermöglicht, das schwierige Problem der individuellen Verantwortung für durch Organisationen begangene Straftaten zu lösen.

Title: Domain and duty as a common foundation to all forms of commission and participation in a criminal offence

Titel: Herrschaft und Pflicht als gemeinsame Grundlage aller Formen der Täterschaft und Deliktsformen

Palabras claves: Normativización del derecho penal. Autoría y participación. Dominio del resultado. Deber o incumbencia. Delito comisivo. Delito de omisión. Actuaciones en nombre de otro. Fundamento de la autoría. Fundamento de la participación. Participación e imprudencia. Participación y omisión. Responsabilidad individual y criminalidad de empresa y organizada. Instrumento doloso no intencional o no cualificado.

Keywords: Normativisation of criminal law. Perpetratorship and other forms of involvement. Control of the result. Duty or responsibility. Crime by action. Crime of omission. Acting on behalf of another. Basis of perpetratorship. Basis of participation. Participation and recklessness. Participation and omission. Individual responsibility and corporate and organized crime. Unintentional or unqualified instrument acting willfully.

Stichwort: Normativierung des Strafrechts. Täterschaft und Teilnahme. Herrschaft über den Erfolg. Pflicht oder Obliegenheit. Begehungsdelikt. Unterlassungsdelikt. Handeln durch einen anderen. Grundlage der Täterschaft. Grundlage der Teilnahme. Teilnahme und Fährlässigkeit. Teilnahme und Unterlassung. Individuelle Verantwortung und Unternehmenskriminalität sowie organisierte Kriminalität. Qualifikationslos oder absichtlos doloses Werkzeug.

Sumario

1. *Autoría y participación como piedra de toque de la normativización de la dogmática penal*
2. *La autoría como dominio: SCHÜNEMANN*
3. *La autoría como deber o incumbencia: JAKOBS y su escuela*
4. *Consideraciones críticas sobre el pensamiento de SCHÜNEMANN*
5. *Consideraciones críticas sobre el pensamiento de JAKOBS*
6. *Balance*
7. *Dominio y deber como fundamento de la autoría en un sistema lógico-funcional*
8. *¿Existe un fundamento común a la participación y a la autoría en todas las modalidades del delito? El problema de la participación en el delito imprudente y omisivo*
 - 8.1. *Participación e imprudencia*
 - 8.2. *Participación y omisión*
 - 8.3. *Participación e imputación*
 - 8.4. *Conclusión sobre un concepto común a todas las formas de autoría y participación en todas las modalidades del delito, incluida la criminalidad empresarial y organizada*
9. *Ejemplos de la criminalidad empresarial*
10. *La extensibilidad del nuevo modelo de responsabilidad por autoría a las organizaciones criminales*
11. *La solución a través del nuevo modelo del problema del instrumento doloso no intencional o no cualificado*
12. *Resumen y conclusión*
13. *Bibliografía*

1. *Autoría y participación como piedra de toque de la normativización de la dogmática penal*

No por casualidad la doctrina de la intervención de varios en el delito (autoría y participación), cuya importancia dentro de la teoría del delito siempre fue decisiva –entre otras cosas por la necesidad de repasar a través de ella la noción de injusto a la luz del sujeto que lo realiza–, experimenta en los últimos años un desarrollo inusitado muy superior al de cualquier otro capítulo de la parte general del derecho penal¹.

Es cierto que las figuras que componen la teoría de la participación son muchas, con una amplia casuística cada una de ellas que ha empeñado a prácticamente todos los penalistas desde la II Guerra mundial, como a título de ejemplo y concerniente sólo a las formas de la autoría evidencia la obra magna de Claus ROXIN *Autoría y dominio del hecho*², cuyos apéndices de sus sucesivas

¹ Véase la bibliografía del capítulo XIV de mi obra *El Derecho penal español, Parte general, t. II, Teoría jurídica del delito* (2), 2009, pp. 149 y ss.

² Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2000, traducción de la séptima edición alemana, del mismo 2000 (hicimos también la

ediciones muestran lo mucho que se ha escrito sobre la materia en los últimos cincuenta años. Ahora bien, lo que está ocurriendo en la actualidad, contribuyendo a la complejidad y amplitud de este sector de la teoría del delito, es que de nuevo es él el que más (o al menos uno de los que más) se está viendo afectado por la denominada *normativización del derecho penal*, o tendencia creciente de la dogmática penal actual a resolver todos los problemas de interpretación del derecho penal con criterios *puramente normativos* inspirados en los fines de la regulación, prescindiendo por completo de cualquier consideración pre-jurídica (como p. ej. las representaciones subjetivas del autor) por estar demasiado teñida, según los defensores más acérrimos de la normativización, de *naturalismo*³.

Es por eso por lo que no tiene nada de extraño que esté siendo la teoría de la participación el banco de prueba de la normativización frente a la dogmática tradicional demasiado apegada al *sujeto individual – persona física – autor del delito*, y por lo tanto al naturalismo, para enfrentar, libre de lastres, los nuevos desafíos como el de la *criminalidad empresarial*, en la que no aparece una única persona física que por dominar –actuando activamente– todo el acontecer en que se ve implicada la empresa sería el autor respecto al cual configurar las restantes aportaciones (como participación de otras personas físicas) dentro de la empresa. Dicho de otra manera, los nuevos desafíos del derecho penal, como la delincuencia empresarial, los posibles abusos y omisiones de los representantes de las administraciones públicas, cada vez más intervencionistas, o la propia criminalidad organizada (empresarial o informalmente), obligan a hacer un esfuerzo ingente para acomodar las categorías tradicionales de la autoría y la participación, o en su caso sustituirlas por otras, a *estructuras organizadas con pluralidad de miembros individuales* que actúan (inclusión hecha de una amplia intervención por omisión) de las más variadas formas con diversificación individual de las aportaciones al común, dentro de las cuales (estructuras organizadas) dilucidar la *responsabilidad de cada uno de los miembros individuales* (la responsabilidad penal es siempre individual, propia).

La cuestión pues que ahora se dilucida al hilo tan resistente de la criminalidad cometida a través de organizaciones es la de si su persecución puede provenir de la dogmática tradicional que sepamos adaptar a los nuevos desafíos o es preferible prescindir por completo de ella e idear un *nuevo modelo de imputación* que permita superar el tradicional de la autoría y la participación.

Ésta es una cuestión abierta que el tiempo irá despejando. Pero basta pensar en los amplios desarrollos experimentados en los últimos años en capítulos fundamentales de la autoría (en íntima relación por cierto con el problema de la criminalidad empresarial y organizada)⁴, la accesoriadad de la participación y efectos de la presencia creciente en los tipos delictivos de elementos especiales de la autoría, etc., como asimismo en el ámbito de la responsabilidad por omisión, muy presente cuando el delito es obra de un entramado de personas físicas con diferentes roles dentro del entramado, para darse cuenta de que la solución al problema de la

traducción de la 6ª edición alemana, de 1994, en 1998. Con posterioridad a la fecha de nuestras traducciones han aparecido varias ediciones alemanas nuevas.

³ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, PG, t. II, pp. 22 y s.

⁴ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, PG, t. II, XIV, pp. 232 y ss.

criminalidad cometida a través de organizaciones vendrá dada más que nada por la *capacidad de la dogmática tradicional para adaptarse a los nuevos desafíos*.

Es cierto, también, que ante un fenómeno como el que representa la misma dogmática penal, cuya historia durante el siglo de su existencia ha sido la de su continua transformación, puede parecer una cuestión de matiz hablar de adaptación de los enfoques tradicionales a los problemas nuevos o de simple sustitución de esos enfoques por otros. Por eso, si optamos por hablar de adaptación y no de sustitución, ha de ser por una razón añadida a la obvia necesidad de enfrentarse ineludiblemente a los nuevos desafíos que no admiten demora. Esa razón estriba en que si existe una *analogía entre la forma de operar las organizaciones que cometen delitos con el delito cometido por la persona física individual*, lo que habrá que comprobar —fin al que pretende contribuir este ensayo—, el amplio caudal de conocimientos proporcionados por la dogmática tradicional para resolver muy satisfactoriamente el problema de la responsabilidad penal de la persona individual que actúa sola será también decisivo para resolver el de la personas que actúan a través de una organización.

Para comenzar a desarrollar esta metodología, que después habrá que completar con otros arduos problemas también implicados en el tema, como el de la participación y la imprudencia, antes de ejemplificar que efectivamente es preferible adaptar la dogmática tradicional que transformarla, nada mejor que pasar revista a dos aportaciones que concebidas inicialmente para dilucidar una pura cuestión dogmática como la de la estructura de la omisión, ahora son de enorme ayuda para abordar la cuestión de la criminalidad a través de organizaciones por lo mucho que aportaron y siguen aportando sobre la *equiparación entre el hacer y el omitir desde un punto de vista normativo*, de lo que depende poder abrir la puerta para la solución a los problemas dogmáticos más difíciles de la cuestión abordada, o *responsabilidad individual por delitos cometidos dentro de organizaciones*.

2. La autoría como dominio: SCHÜNEMANN

En su crucial obra *Fundamento y límite de los delitos de omisión impropia*⁵, con la que Bernd SCHÜNEMANN se enfrentó en 1971 a la tendencia imperante desde el fin de la II Guerra mundial (como ya lo venía siendo antes) a ampliar la responsabilidad por omisión impropia hasta extremos desorbitados, utilizó (adaptándolo al fin perseguido) el concepto de dominio del hecho elaborado por su maestro Claus ROXIN para fundamentar unitariamente la autoría en los delitos de comisión, de cara a configurar un *ámbito de dominio* como directriz superior de la imputación penal que permite equiparar causar y omitir.

Para justificar la buscada equiparación entre causar y omitir a través del ámbito de dominio, SCHÜNEMANN prescinde de entender que la relación que importa en derecho penal sea la que puede existir entre acción y resultado, como lo prueba el hecho de que tampoco en el delito de

⁵ Bernd SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2009.

comisión se imputan los cursos causales irregulares⁶. La relación que importa a efectos de la imputación penal es la existente entre el resultado y la persona a quien imputárselo: Imputar un resultado a la persona que lo ha causado se basa en el *dominio sobre el fundamento del resultado*⁷; justo el criterio que permite imputar también – de forma análoga – en la omisión.

Más aún, como una muestra más de la necesidad de introducir la idea superadora de la distinción entre hacer y omitir, de dominio de la causalidad, aduce SCHÜNEMANN que la distinción discurre a veces por terrenos muy difíciles de establecer, con transiciones muy fluidas en ámbitos como el de la imprudencia, como por ejemplo, conducir un automóvil muy cansado, o el del control de los actos reflejos, etc.⁸, en los que no merece la pena buscar la superior relevancia jurídica del momento omisivo o el momento comisivo.

Aplicando el nuevo lenguaje del dominio a ejemplos canónicos de imputación del resultado por omisión: La madre del recién nacido domina la continuidad de su vida para cuya interrupción bastaría que omitiera alimentarle. De la misma manera que puede afirmarse sin hipérbole que el guardavías que no cambia las agujas ha ocasionado el choque de los trenes⁹. Estos ejemplos muestran muy bien cuál ha de ser la forma inicial de concretar el principio del dominio en la concepción de SCHÜNEMANN¹⁰: “El resultado puede, por tanto, imputarse a un omitente si éste domina actualmente su causa esencial o el desamparo de la víctima”: con especial énfasis en la “*actualidad*” del dominio:

Dominio ejercido por omisión es sólo el del guardagujas que no hace el cambio de vías cuando debió hacerlo para que el tren no colisionara con otro; lo que debe distinguirse de la omisión del comportamiento de cualquier otra forma en que el maquinista pudo ser alertado de que iba a colisionar si por ejemplo se le pudo avisar unos kilómetros antes del problema surgido (que el guardagujas no hizo el cambio de vías)¹¹. Otro ejemplo muy gráfico elaborado por SCHÜNEMANN para ilustrar su principio del dominio: Los guardacostas que no han colocado en el Mar del Norte boyas rojas indicativas de peligro de muerte, han colocado una “condición actual y positiva” del resultado; y ello con independencia de que los bañistas habrían podido ser salvados si se hubiese utilizado por alguien una lancha que se encontraba en las inmediaciones, salvo que el dueño de la lancha, a su vez, tuviese el dominio sobre el desamparo de los bañistas (se trataba p. ej. de sus hijos quienes se bañaban en la playa sin señalar por los guardacostas), etc.; en otro caso la causalidad potencial existente no equivale a la acción¹².

⁶ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 284.

⁷ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 282.

⁸ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 286.

⁹ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 286.

¹⁰ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 288.

¹¹ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 289.

¹² SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, p. 289.

Por mencionar un último ejemplo de SCHÜNEMANN que evidencia a la vez el ámbito y el límite de la omisión impropia. Si la teja cayó de manera fortuita, el dueño de la casa que no salva al accidentado no domina, y su posición es la misma que la de un tercero: mero deber de auxilio¹³.

En *El dominio sobre el fundamento del resultado*: Base lógico-objetiva para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro, publicado en España en 2005 (H-Rodríguez Mourullo)¹⁴, SCHÜNEMANN, después de resaltar lo que significó la monografía de ROXIN sobre el dominio del hecho de cara a fundamentar la autoría¹⁵, y después de criticar a JAKOBS, por su normativismo radical que acaba fundamentando ontológicamente la distinción entre ejecutor y quien meramente contribuye al hecho y volviendo a la concepción de VON BURI sobre la autoría, por no reconocer las restricciones de ROXIN, al exigir intervención en el estadio de la ejecución¹⁶, utiliza el principio que empleó en *Unechte Unterlassungsdelikte*, de “dominio del resultado”¹⁷, para fundamentar la imputación en la omisión impropia, para equiparar delitos de comisión, delitos de omisión (que ni para él, ni para ROXIN desde la publicación de su Tratado II, de 2003 [sí, antes, en Autoría y dominio del hecho], son delitos de deber necesariamente: “Esa infracción de deber especial extra-penal es un fenómeno que sólo habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante”¹⁸) y delitos especiales, extendidos a quienes no poseen la cualidad exigida por el tipo a través de la norma sobre las actuaciones en nombre de otro, que encuentran su fundamentación precisamente en la *asunción del dominio sobre un ámbito de riesgo*, básicamente la empresa [fundamento del deber por asunción de funciones]¹⁹, con lo que supera a ROXIN en orden a encontrar un concepto unitario de autor (ROXIN se vio obligado a establecer una dicotomía esencial entre los delitos de dominio y los delitos de deber), y reivindica a WELZEL (con el que habla de la estructura lógico-objetiva de la autoría), que en los Estudios de 1938 no sólo había hablado de dominio final de la acción sino también de dominio social o dominio amplio del acontecer, que después no continuó²⁰; sin que por lo demás su concepto de dominio del resultado (de SCHÜNEMANN) tenga nada que ver con el concepto de competencia por organización de JAKOBS²¹.

¹³ SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, pp. 336, 348 y ss.

¹⁴ Bernd SCHÜNEMANN, “Base lógico-objetiva para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro” (trad. Mariana SACHER), en Agustín JORGE BARREIRO y otros (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2006, pp. 981 y ss.

¹⁵ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, p. 981.

¹⁶ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, pp. 985, 987.

¹⁷ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, pp. 987 y ss.

¹⁸ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, p. 990.

¹⁹ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, pp. 991 y ss., 998, 1010.

²⁰ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, pp. 995 y ss.

²¹ SCHÜNEMANN, en JORGE BARREIRO y otros (ed.), H-Rodríguez Mourullo, 2006, pp. 998 y s.

3. La autoría como deber o incumbencia: JAKOBS y su escuela

Ya en su muy innovador *Tratado de Derecho penal* (2ª ed., 1991)²², Günther JAKOBS comenzó a elaborar una de sus tesis más genuinas según la cual, de la misma manera que hay delitos de dominio por comisión: del propio ámbito de dominio no deben surgir peligros de lesión de bienes jurídicos ajenos (por eso se castiga el homicidio), y delitos de infracción de deber de preservar bienes jurídicos (por eso se castiga al funcionario que incumple su deber de dictar resolución justa), hay dos tipos de delitos de omisión, el de aquellos que infringen deberes de configuración de un ámbito de organización y el de aquellos que infringen deberes en virtud de responsabilidad institucional, con la familia, la empresa y la administración, como instituciones básicas que obligan a pro-actuar²³.

En esa misma fecha, 1991, en *Estudios*, pp. 347 y ss. (“La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”)²⁴, en coherencia con sus postulado funcionalista fundamental, manteniendo la distinción acción-omisión, sostiene que, en derecho penal, sólo hay *ámbitos de riesgo para los bienes jurídicos* respecto a los cuales quienes los tienen encomendados, por la razón que sea, *autoorganización* o *deberes de garante institucional*, tanto pueden lesionarlos *actuando* como *omitiendo*; con el ejemplo muy gráfico de quien conduciendo un automóvil, si atropella a algún peatón, habrá cometido homicidio imprudente por omisión o acción según que el coche hubiese dispuesto de un sistema automático o no²⁵.

Y, en *Imputación penal de la acción y la omisión*, vertida al castellano en 1996²⁶, expone JAKOBS de manera extraordinariamente brillante cómo en la teoría del derecho del siglo XIX, con la figura emblemática de FEUERBACH, la imputación se basaba en la acción, siendo la obligación fundamental del ciudadano no alterar activamente el derecho, frente a lo que la omisión desempeñaba un papel residual²⁷; estando necesitada su imputación de una fuente jurídica especial, lo que suponía una grave carencia, como lo demuestra el hecho de quien sufre una situación de necesidad, de la misma forma que la ley y el contrato como fuentes de deberes excepcionales de actuar que concibió FEUERBACH, se vieron desbordadas por situaciones que obligaban a actuar sin el amparo de la ley y el contrato, caso de la injerencia. Ya en el siglo XX, continúa JAKOBS, el hecho de que la responsabilidad por acción en derecho penal se haya construido de forma *naturalística*, como evidencian las concepciones de RADBRUCH y Armin KAUFMANN, y no *social*, impidió ver que lo importante no es que el individuo actúe u omite, sino que en el *contexto social* no surjan del propio ámbito de organización peligros para los bienes

²² Günther JAKOBS, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., 1998, pp. 948 y ss., 970 y ss.

²³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1998, pp. 970 y s.

²⁴ JAKOBS, “La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión” (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. PEÑARANDA RAMOS y otros), 1997, pp. 347 y ss.

²⁵ JAKOBS, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. PEÑARANDA RAMOS y otros), 1997, p. 350.

²⁶ Trad. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES.

²⁷ JAKOBS, *Imputación penal de la acción y la omisión*, 1996, pp. 7 y ss.

jurídicos, siendo indiferente que ello requiera un omitir o un actuar²⁸. Con ejemplo complementario y simétrico del anterior, del coche automático: Tanto responde por lesiones quien azuza a su perro para que muerda a una persona como quien no lo llama una vez que el perro se ha abalanzado sobre la víctima²⁹.

Más recientemente, en *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, de 2001³⁰, sostiene JAKOBS que ya ha llegado la hora de convertir también a los delitos de dominio en delitos de deber, dado que no es conveniente clasificar los delitos conforme a paradigmas heterogéneos. Se trata, pues, de *convertir los delitos de dominio en delitos de deber*, con independencia de que algún problema de la autoría se resuelva con el criterio del dominio (JAKOBS está pensando en la distinción coautor-cómplice). Ello es posible, la conversión de los delitos de dominio de ROXIN, en delitos de deber, porque lo importante no es que el autor domine el hecho sino que tenga la *competencia organizativa para que en su ámbito de responsabilidad no ocurran cosas*³¹. Con sus ejemplos afortunados del empleado de la fábrica que abre la compuerta, que tiene el dominio del vertido contaminante, pero no es autor, ya que lo es el ingeniero que lo ordenó pese a que ni siquiera actúa; o el del peón que se limita a cumplir la orden defectuosa del maestro de obra acerca de cómo preparar el material a pesar de saberlo, donde ocurre lo mismo³².

Por otra parte, el sensacional capítulo de los delitos de deber acuñado también por ROXIN, continúa JAKOBS³³, caracterizado por la obligación del autor de pro-actuar a favor del bien jurídico y su imputación a título de autoría cualquiera que hubiese sido (ejecución directa, cooperación o mera omisión: no impedir) la intervención del obligado, contiene los delitos especiales en sentido estricto, caracterizados, a diferencia de los delitos de “dominio”, que son delitos comunes, por la vulneración de *deberes positivos*: todo el mundo está obligado a evitar (activa u omisivamente) lesiones de bienes jurídicos en su ámbito de competencia auto-organizativa; sólo algunos, especialmente obligados (padres p. ej. respecto a sus hijos de corta edad), son obligados a hacer para preservar bienes jurídicos *mas allá de su ámbito de auto-organización*.

Por su parte, la valiosa monografía de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva* (versión original alemana de 1999)³⁴, puede tenerse como un

²⁸ JAKOBS, *Imputación penal de la acción y la omisión*, 1996, pp.26 y s.

²⁹ JAKOBS, *Imputación penal de la acción y la omisión*, 1996, pp. 20.

³⁰ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), 2001, pp. 63 y ss.; JAKOBS, “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y en la Criminología, Actas y Congresos*, UNED, 2001, pp. 619 y ss.

³¹ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001, p. 66.

³² JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001, pp. 70, 98 y s.

³³ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 2001, pp. 65 y s., 106 y ss.

³⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassung*, 1999.

desarrollo de las tesis de JAKOBS sobre los delitos de infracción de deber³⁵, especialmente por lo que se refiere a la distinción entre delito de omisión y delitos de infracción de deber, dado que aquél no siempre es un delito de infracción de deber, como pretendió inicialmente ROXIN³⁶, y además, y sobre todo, a la fundamentación de los delitos de infracción de deber en la doctrina de *deberes institucionales*.

Para justificar la existencia de los delitos de infracción de deber, por cierto un concepto a acuñar interpretativamente, ya que no establecido legalmente, se sirve SÁNCHEZ-VERA de la existencia de delitos que tanto se pueden cometer activamente como por omisión, como el homicidio o el quebrantamiento de condena, porque tales delitos muestran que si hay casos en los que tanto se puede cometer el delito actuando como omitiendo actuar, los de competencia por organización propia acuñados por JAKOBS, o los delitos especiales acuñados por ROXIN, y casos en los que hacer y omitir no son equivalentes para todos los autores, p. ej. la omisión de salvar al menor es una omisión equivalente a la acción de matar en el caso de la madre y del socorrista, pero no en el del tercero (mera omisión del deber de socorro, participación en la comisión por omisión de un garante), entonces no es válida la tesis de ROXIN, cuando considera(ba) que todo delito de omisión es un delito de infracción de deber³⁷.

Como consecuencia de lo anterior, concluye SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en los términos de JAKOBS, que la distinción acción-omisión, a los efectos de la autoría, debe ser sustituida por la distinción dominio-deber, de manera que mientras que hay delitos que tanto se pueden cometer por acción como por omisión, incluidos aquellos que tienen circunscrita la persona del autor (delitos especiales), casos de competencia por organización, no ocurre igual a la inversa, ya que hay delitos que sólo los pueden realizar como autor quienes tengan un especial deber, los delitos de infracción de deber, que tanto pueden cometerlos por acción como por omisión: *siendo la suya la única omisión que da lugar al delito de omisión en sentido estricto*. Así, p. ej., la madre del recién nacido es una obligada por especial deber, pero los demás sólo pueden responder como autores de homicidio del menor si lo hacen activamente³⁸.

4. Consideraciones críticas sobre el pensamiento de SCHÜNEMANN

La gran aportación de SCHÜNEMANN a la construcción de la omisión impropia ha estribado en describir en unos términos muy convincentes el sustrato de la equiparación entre el hacer y el omitir. Efectivamente, qué mejor forma de delimitar los términos en que se puede fundamentar una imputación por omisión que empezando por encontrar el eslabón causal decisivo cuya interrupción habría evitado con seguridad el resultado en una situación previsible con carácter general, como el cambio de agujas en la red ferroviaria. Éste es el mérito indiscutible de la monografía de SCHÜNEMANN, de 1971. Pues con el subrayado de situaciones en las que fácilmente pueden verse los bienes jurídicos de las que inmediatamente sobrevendrá la lesión, es

³⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 37 y ss.

³⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 27 y ss.

³⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 49 y ss.

³⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 65 y ss.

más seguro (lo que tan importante resulta en materia de omisión en la que antes de SCHÜNEMANN la responsabilidad penal era de amplitud ilimitada)³⁹ encontrar a alguien que colocado ahí por el ordenamiento jurídico responda si no interrumpe eslabón causal decisivo de la lesión. Se explica así la influencia decisiva que ha ejercido SCHÜNEMANN sobre los autores que se han ocupado de la dogmática de la omisión impropia en la ciencia penal española, como SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN y GIMBERNAT ORDEIG⁴⁰.

La concepción de SCHÜNEMANN es por cierto una teoría sobre el dominio *de la causalidad*. Lo que quiere decir que concibe el derecho penal como protector de bienes jurídicos frente a comportamientos que causan su lesión conforme a leyes científicas. El principio causal fundamenta pues la imputación en todas las modalidades delictivas, con independencia del recorte normativo de que es susceptible la causalidad; cosas ambas demostradas por él de forma magistral respecto a la omisión impropia.⁴¹

El hecho de caracterizar muy bien lo que se imputa en la omisión y el hecho de que si aparece claramente alguien asociado a esa situación sea a él a quien se impute la responsabilidad por omisión, no quiere decir que se haya caracterizado bien al sujeto de la imputación, entre otras cosas porque pueden plantearse situaciones en las que quepa dudar si el delito de omisión impropia quiere prevenirlas (algo frecuente debido a las dificultades de tipificación en estos delitos) o porque no siendo dudosa la situación y apareciendo alguien claramente relacionado con ella, sin embargo se duda si su posición llega hasta el extremo de la comisión por omisión, como muestra el rechazo de GIMBERNAT a la imputación de la muerte por infarto al conyuge que no avisó al médico⁴² ⁴³.

Y es que el debate en torno al deber de garante es tan amplio y ha llevado a tan pocas conclusiones seguras, que se explica la tentación de muchos por prescindir de categoría tan poco fructífera (aunque sí lo sea la amplia casuística sobre ámbitos en los que cabe plantear la responsabilidad por omisión impropia)⁴⁴. Se explica así también el énfasis de SCHÜNEMANN, en

³⁹ Véase SCHÜNEMANN, *Omisión impropia*, 1971, pp. 328 y ss., pp. 410 y s.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de imputación. El ejemplo del funcionario penitenciario", *Cuadernos de política criminal*, núm. 38, 1989, pp. 367 y ss.; GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión en el Derecho penal español", *Cuadernos de Derecho judicial*, XXIII, 1994, pp. 57 y ss.; GRACIA MARTÍN, "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", *Modernas tendencias*, pp. 411 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "El delito de omisión impropia", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, 1999, pp. 525 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "Das Unechte Unterlassungsdelikte", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 111, 1999, pp. 307 y ss.

⁴¹ Sobre el significado del dominio de la causalidad como fundamento de toda imputación penal, Véase CUELLO CONTRERAS, "Causalidad, imputación y ciencia", *Revista de Derecho penal (Argentina)*, en prensa. Sobre el dominio de la causalidad como fundamento de la autoría, CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, pp. 6 y ss.; CUELLO CONTRERAS, "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", *CPCr*, núm. 97, 2009, pp. 24 y ss.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, *RDPC*, 2ª época, núm. 4, 1999, p. 552.

⁴³ En SCHÜNEMANN, "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión" (trad. Beatriz ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN), en GARCÍA VALDÉS y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, II, 2008, pp. 1628 y s., SCHÜNEMANN trata de minimizar esta discrepancia de forma bastante ingeniosa.

⁴⁴ Véase GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 11 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, 1999, pp. 257 y ss.

H-Rodríguez Mourullo, al afirmar que la omisión impropia puede construirse sin deberes de garante extra-penales que todo lo más acompañan a esa responsabilidad sin jugar papel decisivo, que él asigna a la idea de dominio⁴⁵.

La equivocidad en este punto puede provenir de que mientras por regla general concebimos en derecho penal el dominio como concepto ontológico, concretamente el dominio sobre la causalidad en los delitos comisivos es un concepto ontológico⁴⁶, SCHÜNEMANN lo ha normativizado; vía por la cual pretende suplir la función asignada tradicionalmente al deber de garante en la responsabilidad por omisión impropia. Lo comenzado a sustentar en este sentido en la monografía de 1971, lo corrobora el uso del concepto que hace en 2001, no sólo en la afirmación expresa antes aludida, sino también, y a efectos prácticos, en el papel decisivo que asigna a la asunción de los riesgos creados por la empresa cuyo funcionamiento se dirige, lo que remite claramente a una posición de hecho generadora de deberes de evitar.

Situados pues ante la pregunta acerca de por qué responde por homicidio la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y por mera omisión del deber de socorro el tercero que omite lo mismo, SCHÜNEMANN dirá que lo importante no es el dominio fáctico del resultado, actual en los dos casos, sino el dominio normativo adquirido con anterioridad por la madre y no por el tercero. De la misma forma que no todo lo que causa un sujeto se le imputa (exclusión de los cursos causales extravagantes de la imputación), sólo el dominio del resultado *exigido* se imputará, sería la respuesta de SCHÜNEMANN a nuestra pregunta sobre la naturaleza axiológica de dominio del resultado.

En suma, la aportación de SCHÜNEMANN tiene el mérito indiscutible de haber definido muy bien lo que significa “haber sido puesto ahí” para imputar un resultado a quien lo domina. Su único problema estriba en que no proporciona un criterio adicional que caracterice al sujeto que ha de estar presente en la situación de dominio, explicando la imputación más allá de su mera presencia en la situación.

Es cierto que la acotación de la responsabilidad por omisión que propicia SCHÜNEMANN con su criterio es muy superior a todos los intentos anteriores de acotación a través del deber de garante extra-penal, lo que fue uno de los objetivos perseguidos por el autor con su investigación. Es cierto también que otros conceptos penales como el de imprudencia enfrenta a problemas interpretativos no menores que el de la equiparación en la omisión impropia. Pero lo que salta a la vista del planteamiento de SCHÜNEMANN es que al haber tomado un concepto ontológico como el dominio de la causalidad que después precisa con criterios axiológicos que permiten restringirlo para acotar la omisión, el criterio ya no le sirve más para decidir ante cuestiones interpretativas difíciles. En este sentido es de resaltar que mientras SCHÜNEMANN ha sido seguido en materia de responsabilidad omisiva por creación de una fuente de peligro, del estilo constructor que abre una zanja en la que después caen peatones por no haber sido señalizada, no

⁴⁵ Véase *supra* 2.

⁴⁶ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte general*, 3ª ed. 2002, VIII, pp. 136 y ss.

lo es en cuanto sostiene que también puede surgir responsabilidad por omisión en situaciones del tipo conyuge que sufre un infarto⁴⁷.

Tiene que haber una fundamentación extra-penal para los deberes de garante que justifique la imputación más allá de la creación de un peligro previo, lo que no puede provenir más que de instancias que obliguen a hacer cosas a favor de los bienes jurídicos más allá de la mera no lesión activa. Pues, aunque tampoco estén exentas de dificultades interpretativas, las necesitamos para poder ampliar —todo lo restrictivamente que queramos— los supuestos de responsabilidad por omisión más allá del previo hacer, a lo que desde luego no pretende limitarse la responsabilidad por omisión. La equivalencia es un *mysterium* para el interprete, para cuyo esclarecimiento necesita “ayuda extra-penal”⁴⁸. Por eso es sugestiva la idea de obligación positiva de JAKOBS y sus discípulos.

5. Consideraciones críticas sobre el pensamiento de JAKOBS

Mientras que el concepto unitario que permite refundir en el pensamiento de SCHÜNEMANN acción y omisión es el del dominio del resultado, el que permite refundir la autoría cualquiera que sea la modalidad delictiva desarrollada en el pensamiento de JAKOBS es el de *incumbencia*. El de autoría, como el de imputación, es en JAKOBS desde el principio un concepto normativo⁴⁹. El ingeniero que ordena el vertido contaminante es autor del delito ecológico. El operario que abre la compuerta, mero cómplice. El *chef* que prepara las setas en mal estado es autor del envenenamiento, el camarero que las sirve (salvo que se dirija deliberadamente a alguien), pese a conocer su mal estado, no. Etc. Esta responsabilidad por el rol tan característica del pensamiento de JAKOBS, parece arrumbar la vieja distinción entre comisión y omisión, superada por la idea de incumbencia, según la cual tan autor es quien desencadena un peligro para el bien jurídico como quien no lo ataja, siempre que ambos procesos sean de su incumbencia.

Ahora bien, ¿cuál es el substrato de la incumbencia como concepto normativo? O dicho de otra manera: De la misma forma que en el pensamiento de SCHÜNEMANN el dominio del resultado sólo es inteligible normativizándolo, esto es, circunscribiéndolo al exigido por el ordenamiento jurídico: no todo aquel que puede evitar un resultado es sujeto idóneo de la imputación, sino el “colocado ahí” por el ordenamiento, en el pensamiento de JAKOBS el concepto normativo de incumbencia no excusa de preguntar por el objeto de referencia de la incumbencia.

Y si, en palabras del propio JAKOBS, el autor del delito es quien debe evitar que de su ámbito de responsabilidad surjan procesos causales lesivos, parece claro que detrás del concepto de deber por incumbencia hay un elemento decisivo de dominio, defínase como se quiera, ontológica o normativamente, el dominio.

⁴⁷ Véase *supra* 4.

⁴⁸ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, II, XVI, pp. 59 y ss.

⁴⁹ Sobre la concepción normativista de JAKOBS y sus limitaciones me he ocupado ya en CUELLO CONTRERAS, “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-01 y ss, (<http://criminet.ugr.es/recpc/>), 4 y ss.

El dueño del perro que tanto responde de la mordedura a tercero si lo azuzó como si no lo llamó, es responsable porque le incumbe su perro. Pero es la posesión del perro y su manejo la que también crea el ámbito de incumbencia. Sin ello no sería concebible la incumbencia. De ahí que con buen criterio JAKOBS nunca haya prescindido de los conceptos de acción y omisión, pues sólo a través de ellas podrá incumplirse el deber de incumbencia que fundamenta la imputación normativa. De ahí que JAKOBS se sirva constantemente de la idea de dominio como complementaria de la idea de deber para resolver problemas puntuales, algunos muy importantes, como la delimitación coautoría/complicidad, de la teoría de la participación. Y de ahí, sobre todo, que el prototipo de la incumbencia en el pensamiento de JAKOBS sea el de la autoorganización, dentro de cuyo ámbito el sujeto ha de evitar que surjan peligros para los bienes jurídicos, con la prohibición de acciones causantes de resultados lesivos como primer y mas claro supuesto de imputación. Con lo que a la postre volvemos al comienzo: al delito doloso de comisión como prototipo del injusto⁵⁰.

JAKOBS ha desarrollado muy bien y coherentemente la idea de que detrás de todo delito de dominio hay un delito de deber. Pero lo que no ha dicho es que detrás de todo delito de deber hay un delito de dominio de un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, que es un concepto ontológico susceptible de acotación normativa, la relevante, que sin embargo no suprime su componente ontológica, una componente que juega en dogmática penal una función heurística (¡no directamente normativa!) esencial para la construcción de la teoría del delito⁵¹.

Hay límites que el normativismo ha de respetar⁵². En la teoría de la participación le han saltado a la cara a JAKOBS. En la teoría de la tentativa, también⁵³: Si tan relevante desde la concepción normativa de la tentativa es el delito consumado como la misma tentativa = rebelión contra el ordenamiento jurídico, y si la tentativa burdamente insensata debe ser impune ya que los demás no se sienten inquietados por ella en la convivencia, es porque hay conductas que suelen lesionar los bienes jurídicos con base en el dominio de la causalidad.

La misma correlación entre deber por incumbencia y dominio del resultado que analizamos y que JAKOBS presupone aunque no reconoce, explica también, sin que JAKOBS lo reconozca tampoco, la otra gran idea de JAKOBS y su escuela, de contraponer a los delitos de deber por incumbencia o simplemente delitos por competencia organizativa los auténticos delitos de deber o de omisión de actuar a favor de una institución cumpliendo deberes positivos, únicos delitos de omisión, no castigándose a quien pese a omitir no estaba especialmente obligado. Caso respectivamente de la madre del recién nacido que omite alimentarlo y del tercero que omite lo mismo.

En efecto, aunque las obligaciones positivas que generan las instituciones frente a los bienes jurídicos explican muy bien la imputación de un resultado por omitir su salvación, más allá del

⁵⁰ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, núm. 08-01 (2006), p. 3.

⁵¹ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, núm. 08-10 (2006), p. 11.

⁵² Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, núm. 08-10 (2006), pp. 12 y ss.

⁵³ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIII, pp. 39 y ss.

ámbito de la organización propia, sólo frente a determinados sujetos, y no otros, ello no quiere decir que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que genera la institución fundamente ya la imputación del resultado no evitado, sino que sólo determinadas omisiones, las *equivalentes a las acciones*, lo harán.

Las instituciones sirven, entre otras cosas, a la preservación de los bienes jurídicos. A tal fin, se configuran peligros a los que puedan estar sometidos los protegidos por aquéllas, p. ej. los menores en el contexto de la familia y el Estado que quiere proteger a ambos, menores y familia, etc.; peligros que serán los que se tratarán de prevenir al objeto de asegurar su normal desarrollo. Ahora bien, el hecho de que las instituciones persigan la preservación de los bienes jurídicos más allá de su mera existencia física (bienes jurídicos materiales, como la vida), no quiere decir que la primera necesidad a cubrir no sea la de preservar la existencia de bienes jurídicos, como la vida del menor p. ej., sin lo que no tendría sentido el resto de la protección.

Además, la protección de los bienes jurídicos a través de las instituciones no quiere decir, en contra una vez más de JAKOBS y su escuela, que las instituciones equiparen acciones y omisiones, pues con independencia de su tratamiento jurídico posterior correspondiente, también la única manera de comprender el funcionamiento correcto de las instituciones exige representarse el ataque más directo a éstas, a través de acciones que inmediatamente atenten contra su funcionamiento, y a partir de ahí otras formas, las que incluyen la prevención de peligros más y más remotos⁵⁴. Etc.

O dicho de otra manera. Existe una institución global, la sociedad, cuya protección primigenia (sin cuyo aseguramiento no tienen sentido las restantes instituciones) debe serlo frente a los comportamientos que directamente la lesionan. Como el propio JAKOBS reconoce, los delitos de auto-organización protegen también a las instituciones, sólo que de manera inespecífica⁵⁵.

6. Balance

A la postre, lo que queda de la contraposición del pensamiento de estos dos autores es que después de sus aportaciones está mucho más claro que antes por dónde ha de venir cumplida la exigencia incluso legal (art. 11 CP)⁵⁶ de equiparación entre la omisión y la acción de cara a justificar una imputación penal o dominio/incumbencia sobre el resultado. En este sentido, sobre todo la aportación de SCHÜNEMANN sobre el dominio del resultado o acotación de la causalidad a eslabón decisivo supone la mayor restricción habida hasta la fecha de la responsabilidad por omisión, cuyas dificultades de delimitación representaba uno de los mayores inconvenientes de

⁵⁴ Tanto el comportamiento imprudente, como el omisivo y el de la omisión imprudente, pueden concebirse estructuralmente como grados mayores de retroceso o anticipación de la lesión del bien jurídico. Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XV, pp. 106 y ss., XVI, p. 33, pp. 36 y ss., para la imprudencia y la omisión respectivamente.

⁵⁵ JAKOBS, *PG*, pp. 994 y s. Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XVI, p. 50.

⁵⁶ “Los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”.

la difícil configuración de la omisión. Ambos autores además explican muy bien con sus construcciones (paralelas en este aspecto) cómo hay ámbitos, como p. ej. el del delito ecológico (art. 325) o el delito urbanístico (art. 319), en los que ciertamente es por completo indiferente que el autor (caracterizado muy bien por la incumbencia o el dominio) actúe u omita respecto a la lesión del bien jurídico (con el efecto derivado de la merma de relevancia de la participación de terceros — ¡hagan lo que hagan incluida *toda* la acción típica⁵⁷!).

Y queda también como resultado del contraste entre estas dos cualificadas opiniones, que no basta con el dominio del resultado por parte del omitente para explicar la imputación si no es porque viene exigida por un deber especial que obliga a actuar positivamente a favor de los bienes jurídicos amparados por la institución con la que el omitente está especialmente obligado, como el padre con sus hijos menores (familia), el funcionario con los intereses de la administración y de los ciudadanos (Estado) y el ejecutivo con y respecto de la empresa que dirige (empresa). En este sentido, tiene razón JAKOBS frente a SCHÜNEMANN (que no ve la necesidad del elemento adicional deber de garante), pero al precio de cuando menos hacer dudar de si fue acertada su idea de equiparar acción y omisión dentro del mismo ámbito de incumbencia, pues al menos en algún caso, concretamente en aquellos en que la responsabilidad por omisión requiere incumplimiento de deber de actuar positivamente a favor de una institución, el tercero no obligado que no responde si omite sí responde si actúa.

A su vez, los delitos con elementos especiales de la autoría por lo que se caracterizan no es por la ausencia del dominio, como lo prueba el hecho de que no haya puros delitos de deber en los que no quepa la participación⁵⁸. En un derecho protector de bienes jurídicos no caben delitos de mera infracción de deber, aunque sí sujetos especialmente obligados a impedir resultados. Luego sigue siendo el dominio del resultado el elemento caracterizador del delito y de la autoría en general, con las matizaciones, siempre justificadas, de política criminal, que llevan a circunscribir la autoría⁵⁹. A su vez, la necesidad político criminal ulterior, de suplir la ausencia del elemento caracterizador de la autoría en los supuestos de actuaciones en nombre de otro (art. 31), también se explica por el criterio del dominio: quien actúa en nombre de otro realiza de propia mano la componente esencial del delito especial constituida por el resultado que se quiere evitar⁶⁰.

En conclusión: Es necesaria la idea de deber para abarcar la totalidad de la imputación unitaria que abarca acción y omisión. Pero dentro de ella la responsabilidad lo es por causalidad o dominio de la causalidad del obligado. En cualquier caso, es necesario el deber para designar a quien no causa pero domina.

En contrapartida, es preferible hablar de la autoría como dominio porque aunque la autoría por omisión requiere siempre un deber, ese deber va referido en cualquier caso a quien domina una

⁵⁷ Véase *infra* 9.

⁵⁸ Sólo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 241 y ss. defiende esta forma de autoría. Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, p. 248.

⁵⁹ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, p. 12.

⁶⁰ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, p. 226.

causalidad de forma análoga a como la domina el autor del delito de comisión (dominio de la causalidad).

7. Dominio y deber como fundamento de la autoría en un sistema lógico-funcional

Si nos colocamos en la perspectiva del destinatario del ordenamiento jurídico⁶¹ llamado a no infringirlo, probablemente las cuestiones vistas y sin duda esclarecidas con las construcciones revisadas de SCHÜNEMANN y JAKOBS se *simplifiquen*.

Hay una forma directa de lesionar los bienes jurídicos conforme a la cual están configurados inicialmente la mayor parte de los tipos delictivos protectores de los bienes jurídicos fundamentales. Se trata del delito comisivo de resultado, autor (con sus diversas modalidades de autor único, mediato y coautor) del cual es quien (o quienes: coautoría) domina(n) eslabón decisivo del resultado causado. La acción es la forma más directa de alcanzar incumbencia sobre bien jurídico ajeno, p. ej. el homicidio activo de un extraño.

Éste es el sustrato de la concepción de ROXIN y su teoría del dominio del hecho con sus diversas modalidades⁶². Como lo es de la concepción que he denominado en otro lugar del finalismo renovado que, sin pretender extraer normas del deber ser del ser previo a la valoración jurídica, obliga a conectar la regulación con la realidad sobre la que la norma será aplicada al objeto de que los mandatos sean eficaces, lo que en materia de autoría y participación ocurre de manera muy precisa con los conceptos (naturalísticos) de dominio consciente de la causalidad objeto de acotación (normativa) a través de un tipo del CP⁶³.

Incluso los casos difíciles, como el de la distinción entre autoría mediata por dominio de la voluntad o inducción, los podemos resolver mediante interpretación partiendo del supuesto claro de autoría por dominio de la causalidad que extendemos por analogía al caso dudoso. Con la que el dominio de la causalidad juega un papel heurístico esencial de cara a la imputación a título de autoría. Concepto luego extendido por SCHÜNEMANN, como vimos, a la omisión.

Frente a la comisión, mal que le pese a JAKOBS, la omisión juega un papel menos relevante en los códigos penales⁶⁴. Ese papel incluso necesita de la comisión sólo en referencia a la cual, por vía de equiparación, alcanza relevancia penal. Lo más parecido a arrojar a la víctima a una zanja es abrirla sin señalar por el lugar por donde transitará la víctima. En este sentido puede hablarse de analogía entre la comisión y la omisión.

Y continuando con las analogías entre el omitir y el actuar todavía cabe establecer una nueva que ponga en relación a la persona física con las instituciones, como la empresa o la administración pública, que pueden entenderse como prolongación de la persona natural. Ésta, la persona física,

⁶¹ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *RECPC*, núm. 08-01 (2006), pp. 2 y ss.

⁶² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, pp. 149 y ss.

⁶³ CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, pp. 18 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, núm. 97, 2009, pp. 31 y ss.

⁶⁴ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XVI, p. 30.

más allá de actuar sola, también lo hace, y frecuentemente, a través de las instituciones que crea como su prolongación en la sociedad; siendo este hecho social cada vez mas frecuente el que permite utilizar, como se decía al principio, categorías tradicionales elaboradas al hilo de la persona física que actúa directamente, coautor p. ej., dominando toda la causalidad, para ayudar a concebir la responsabilidad de la persona física cuando opera a través del entramado de muy diversos intervinientes y procesos causales complejos representado por la empresa o la organización criminal.

Con lo que se vuelve a poner de manifiesto que la dogmática actual tiene que ser a la vez *lógica*, respetuosa de elementos estructurales del comportamiento humano, como el dominio de la causalidad y su representación subjetiva, y *funcional*, o adaptación de esa estructura a las necesidades de la praxis⁶⁵.

Para demostrar que es posible ensamblar la idea de dominio que sustenta la configuración de la autoría de la persona física, adaptándola a la criminalidad de la empresa y demás organizaciones, que constituye el principal desafío de la dogmática penal actual, veremos en la última parte de este ensayo cómo las (pocas) normas penales (de la PG) promulgadas para contemplar este problema, unidas a las ideas y figuras tradicionales de la participación y la omisión, permiten abordar en términos razonablemente seguros las necesidades de prevención frente a comportamientos muy graves, colmando lagunas de punición mediante interpretaciones progresivas en ningún caso *praeter-litales*.

Pero antes hemos de abordar otros posibles supuestos de imputación individual además de la autoría dolosa dentro de la criminalidad organizada e incluso si existe un fundamento de imputación común a todas ellas.

8. ¿Existe un fundamento común a la participación y a la autoría en todas las modalidades del delito? El problema de la participación en el delito imprudente y omisivo

Hemos visto hasta ahora que existe un fundamento común a todas las formas de la autoría en las diversas modalidades del delito (comisivo, omisivo y especial), que hemos ubicado en el ámbito del *dominio del resultado por parte del obligado*. La cuestión ahora es la de si existe también un fundamento común a todas las formas de la participación en las distintas modalidades del delito, incluidas la omisión y la imprudencia, materias (la participación en esas modalidades delictivas) que por cierto sólo ahora se comienzan a investigar concienzudamente. Incluso cabría plantear si existe un fundamento común a todas las formas de la autoría y la participación en todas las modalidades del delito, debido a que un nuevo enfoque dogmático comienza a entender autoría y participación como *tipos autónomos de imputación* (prescindiendo de la idea tradicional de *accesoriedad* de la participación, suplida con la de *prohibición de regreso*) concebidos normativamente que pareciera allanar la unificación deseada.

⁶⁵ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, PG, VII, p. 3.

Puesto que un desarrollo exhaustivo de lo que habría que modificar para adaptar las formas tradicionales de la participación a conductas principales que tienen lugar en el seno de organizaciones que cometen delitos, determinando dentro de ellas no sólo quién es autor sino también quién es partícipe, requeriría tener resuelto ya antes el problema de si cabe participación en la omisión y participación por omisión, e incluso participación imprudente en delito doloso y participación dolosa en delito imprudente, ya que ni siquiera hemos estudiado antes la extensibilidad del criterio común elaborado de autoría al delito imprudente (cosa que no parece problemática), abordaremos aquí sólo el arduo problema de la participación en la omisión y por omisión, no sin antes hacer una breve alusión al, más estudiado, de la participación imprudente en el delito doloso y la participación dolosa en el delito imprudente, al tiempo que para finalizar el apartado veremos los puntos flacos de la doctrina de los tipos autónomos de participación, que borra de un plumazo las dificultades de los anteriores supuestos de participación pero al precio de una formalización insufrible de los fundamentos de la imputación.

8.1. Participación e imprudencia

Como ha dicho muy oportunamente ROBLES PLANAS⁶⁶, en el seno de la empresa es fácil que algún empleado produzca algún resultado lesivo en relación con la actividad de la empresa que haya tenido su origen en una negligencia grave a la que algún directivo haya podido contribuir, por ejemplo, añadimos, por sobrecarga de trabajo de los operarios en la planificación. En casos como éste, que frecuentemente se darán, sostiene ROBLES PLANAS, si se descarta la participación en el delito imprudente, la impunidad del directivo acarreará una grave laguna. Antes de resolver esta cuestión específica, veamos una breve panorámica sobre la participación en la imprudencia:

El problema de la punición (o no) de la participación en el delito imprudente va más allá del de si la norma del art. 12 es abarcada también por la del 28 ss., y de si en la imprudencia hay que partir de un concepto restrictivo de autor, condicionando su solución (el comportamiento imprudente convierte a quien lo lleva a cabo siempre en autor). El problema de la punición de la participación en la imprudencia estriba en que si el comportamiento imprudente quiere prevenir peligros de lesión del bien jurídico más remotos que el delito doloso, podría ser ello un argumento que inclinara a patrocinar la no necesidad de punición del partícipe por ser la conducta de participación en la imprudencia aún más remota que la de autoría frente a la autoría y participación en el delito doloso⁶⁷.

Dicho de otra forma. Si a la participación dolosa en delito principal doloso, sin duda punible, añadimos la participación dolosa en delito imprudente y, por qué no, la participación imprudente en delito doloso y delito imprudente, ¿no estaremos cayendo en algo semejante a lo que siempre hemos rechazado sobre si cabe la participación en conductas de participación configuradas como delito autónomo?

⁶⁶ ROBLES PLANAS, "Participación en el delito e imprudencia", *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 223 y ss., 247.

⁶⁷ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XV, p. 164.

Todo parece indicar que el CP, como evidencia el art. 12⁶⁸, no contempla las conductas de participación dolosa en delito imprudente, participación imprudente en conducta dolosa ni participación imprudente en conducta imprudente.

De todos estos supuestos, el más difícil de digerir político-criminalmente quizá sea el de la total impunidad de la participación dolosa en la conducta principal imprudente, pues precisamente en el ámbito de la empresa, como aduce ROBLES PLANAS, podría dar lugar a lagunas insufribles. Piénsese por ejemplo, como ya apuntábamos, en el jefe de producción que por incrementar los resultados somete a los operarios a horario excesivo que se traduce en defectos del producto fabricado que origina daños ulteriores graves, etc.

Ciertamente, aunque sólo fuera por la dilucidación de problemas como éste, merece la pena la amplia discusión que está habiendo en España sobre la punición de la participación en la imprudencia. En cualquier caso, lo que sí está claro, es que conductas como la contemplada, del jefe de producción, son plenamente *reconducibles por la vía de la autoría omisiva*.

¿Puede ser esta una vía intermedia satisfactoria para, por un lado, no seguir ampliando la punición del autor único, donde la necesidad de prevención no es tan perentoria, y por otro ampliarla por la vía de la criminalidad organizada, donde sí lo es? Más compleja es aún la cuestión de la participación en la omisión.

8.2. Participación y omisión

La dificultad ya inicial de esta problemática estriba en que la elaboración de la teoría de la participación, abordada precisamente en torno al delito doloso de comisión, nos lleva a pensar en la complicidad y la inducción (inclusión hecha de la complicidad psíquica) como conductas consistentes en ayudar a la realización de una acción facilitándola⁶⁹.

Ante esto, la pregunta que se suscita es ¿cómo se puede ayudar en una omisión, más allá de convenciendo o terminando de influir sobre el que duda acerca de no emprender la acción a que está obligado?

La razón por la cual ya la propia estructura de la omisión aparece tan asociada con la idea de incumbencia estriba en que en el mismo lenguaje natural la omisión entraña una obligación de resistencia a todo lo que pueda suponer un obstáculo a la realización de la acción que habría evitado la lesión del bien jurídico en que consiste, con lo que de manera semejante a lo que ocurre con los llamados delitos de encuentro, el omitente al igual que el autor de este tipo de delito responde de todo lo ocurrido con la lesión del bien jurídico no evitada por él⁷⁰. Con lo que se evidencia la diferencia con el delito de comisión, donde el autor puede ser ayudado y

⁶⁸ Aunque muchos autores no lo ven así. Véase ampliamente, CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XV, pp. 165 y ss.

⁶⁹ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, p. 241.

⁷⁰ CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, p. 288.

frecuentemente lo es por el inductor y el cómplice, hasta el punto de hablarse de participación como lesión del bien jurídico por el partícipe a través de la conducta antijurídica del autor⁷¹.

Si, abundando en esta línea, se defendiera la tesis de que conceptualmente no es posible ni la participación activa en el delito omisivo ni la participación por omisión en el delito de comisión, nos podríamos encontrar con el problema (algo semejante vimos ya antes con el comportamiento imprudente) a que trata de responder básicamente la teoría de la participación: que los autores de delitos recabarían descaradamente la ayuda de terceros cómplices, por la simple razón de que podrán asegurarles que en caso de ser descubiertos no habrían de temer nada debido precisamente a su impunidad⁷². El constructor que se propone construir en zona especialmente protegida convencería fácilmente al operario que sea consciente de que lo que van a hacer es claramente delictivo de que siga trabajando para él dado que si los hechos son perseguidos toda la responsabilidad recaerá sobre el constructor.

Más aún, si la participación activa en el comportamiento principal omisivo fuese impune, el tercero interesado en la lesión del bien jurídico podría inducir al garante a incumplir su deber de actuar llegando incluso a ejecutar activamente la acción causante del resultado que el omitente debe evitar. La amante disuade al marido de prestar asistencia a la esposa que acaba de sufrir un infarto. En el ejemplo anterior del delito urbanístico, es el operario, maestro de obra y hombre de confianza del constructor quien lo convence y lleva a cabo la obra de propia mano para realizar el atentado urbanístico. Etc.

Ante este panorama, parece oportuno *admitir la punibilidad de las conductas de inducción y complicidad activa en conducta principal omisiva*, con la peculiaridad de que la complicidad puede consistir incluso en la realización total de la acción cuyo resultado debió impedir el omitente, algo que en el delito de comisión constituye autoría⁷³. Ello es debido a la estructura de la omisión, basada en el principio de incumbencia. Por la misma razón, sólo *actos de participación activa muy graves*, lo que excluye otros que en el delito de comisión constituirían sin duda complicidad, serán punibles en el ámbito del delito de omisión.

Más complicada aun es la cuestión referente a la *participación por omisión en la conducta principal comisiva*.

La dificultad nace ya, más allá de la que supone la participación activa en conducta principal omisiva, de que ni siquiera la conducta de participación consiste en una acción, a diferencia del supuesto inicial de participación. Ante eso, lo primero que cumple esclarecer es *en qué consiste una conducta de participación por omisión* o, lo que es lo mismo, cómo se pueden traducir las conductas de inducción y complicidad activa a sus correspondientes omisivas.

⁷¹ Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, pp. 249 y ss.

⁷² CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, pp. 241 y s.

⁷³ CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, p. 15.

Si inducir activamente es influir en la decisión de cometer el delito por el autor y ser cómplice activamente ayudar con acto que facilite su ejecución, ¿cuáles son sus equivalentes omisivas?

Desde luego se explican las reticencias a admitir que se pueda inducir o ser cómplice por omisión por el simple hecho de que difícilmente de la nada, el simple no hacer, puede surgir algo, una decisión (caso de la inducción) o un ayuda (caso de la complicidad). Todo lo más que cabe es un no haber puesto un obstáculo para la decisión o ejecución del autor independientes de toda intervención del supuesto partícipe. Pero, claro, eso inicialmente no encaja en ningún concepto pensable de participación. Lo que por cierto no extraña porque es el mismo problema a que enfrenta el concepto de omisión en derecho penal⁷⁴.

Se explica así que ROXIN diga que no puede ser de complicidad la conducta de no obstaculizar. Añadimos: incluida la del obligado que no puede impedir pero sí dificultar (en contra de lo que dice PORTILLA CONTRERAS)⁷⁵.

Si de los casos en que el mero omitir no puede constituir participación damos un salto a los casos en que hay una aportación activa al resultado por parte del llamado a impedirlo a título de omisión, nos encontramos con las siguientes hipótesis. (1) De quien ha suplido al obligado a impedir el resultado realizando parte de los actos necesarios que el obligado después no se ocupa en culminar, puede decirse que aquel ayudó a este a cumplir con su deber de evitar, pero no puede afirmarse que sea responsable por complicidad en la conducta omisiva del autor⁷⁶. (2) Quien realizó hechos que después son utilizados por un tercero para cometer activamente un delito no es cómplice por omisión (en contra de lo que dice SÁNCHEZ-VERA)⁷⁷. (3) Intervenciones activas u omisivas en el proceso causal anterior al surgimiento del deber de actuar característico de la omisión no pueden fundamentar participación por omisión ni aun sabiendo que habrá un autor principal que se aprovechará de lo realizado o no impedido con anterioridad (en contra de la opinión de JAKOBS y su indiferencia hacia la intervención activa u omisiva basada en su idea de incumbencia)⁷⁸. (4) Algo semejante puede decirse de la pretensión de ROBLES PLANAS⁷⁹, de permitir el retroceso ante la conducta activa (u omisiva) de un sujeto autorresponsable cuando se omitió algo con lo que conecte aquél de manera inequívoca, entonces participación por omisión si el valor de la omisión para el conjunto del hecho no fue muy elevado (en otro caso, autoría por omisión). Estas tres últimas restricciones se basan en lo apartados de la lesión que están los actos de colaboración y la presencia de un obligado que *puede* y debe interrumpir el proceso causal con que se encuentra. No siendo por lo demás perturbadoras para los bienes jurídicos aportaciones tan remotas que no impulsan al propio autor principal. — *Salvo en la empresa; pero claro entonces: autoría por omisión.*

⁷⁴ CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XVI, p. 12.

⁷⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 2000, p. 527; PORTILLA CONTRERAS, “La participación omisiva en delito de resultado y de simple actividad”, en CEREZO MIR y otros (ed.), *El nuevo Código penal; presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, p. 465; Véase al respecto CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XVI, pp. 172 y ss.

⁷⁶ Véase ya CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XVI, p. 180.

⁷⁷ SÁNCHEZ-VERA, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, 1995, pp. 83 y ss.

⁷⁸ JAKOBS, *PG*, pp. 1023 y ss. Véase también, de forma particularmente clara, JAKOBS, “La intervención delictiva” (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), *CPCr*, 2ª época, núm. 85, 2005-I, p. 83.

⁷⁹ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 55 y ss., 71 y ss.

Conclusión: Es posible la participación activa en conducta principal omisiva. No es ni pensable la participación omisiva en conducta principal activa ni omisiva. Se corrobora así que las de participación son conductas exclusivamente activas *ex definitione*.

8.3. Participación e imputación

La concepción de las figuras de la participación como tipos autónomos de imputación, lo que he llamado sistema monádico en otra ocasión⁸⁰, dignifica la participación pero al precio de ocultar su esencia (que se les aparece una vez anulada): dependencia de la acción de participación de la del autor, sabiéndolo el partícipe, para que desarrolle su capacidad de lesionar el bien jurídico, y al precio de extender la punibilidad por vía conceptual (como la participación en cadena). — Más allá de que no está contemplada en el CP (ni en el art. 12 para la imprudencia, ni en el art. 11 para la omisión [imprudente; sí para la dolosa⁸¹, por analogía]), refleja una crasa contradicción de sus defensores, que lejos de resolver el problema con la errónea identificación del concepto extensivo de autor en la imprudencia, al sustituir el concepto esencial de accesoriedad de la participación (por sus connotaciones naturalísticas) por el de prohibición de regreso, *han utilizado un concepto ideado para restringir (sólo y con limitaciones, en la imprudencia) la imputación para el fin de ampliar ilimitadamente la responsabilidad (por vía de participación)*⁸²: Dejan de admitir la imprudencia anterior por vía de prohibición de regreso pero admiten ese comportamiento anterior por vía de participación en la imprudencia posterior.

8.4. Conclusión sobre un concepto común a todas las formas de autoría y participación en todas las modalidades del delito, incluida la criminalidad empresarial y organizada

El problema de la impunidad general de la participación en la imprudencia y la omisión, se palia en el delito cometido a través de organizaciones con la propia responsabilidad del “partícipe”, el directivo en el ejemplo de ROBLES. — Se pueden crear tipos de imputación de participación, pero su contenido siempre incluye: el dominio del resultado por el autor, la contribución a *esa* lesión por parte del partícipe, la representación subjetiva de todo eso y las restricciones propias de la imprudencia: alejamiento de la lesión de la conducta principal, y de la omisión: además del alejamiento, que omitiendo se puede “hacer menos” que actuando. — *Con tales ingredientes se puede decir que toda imputación se basa en dominio del resultado (parcial y subordinado en el partícipe) por el obligado a evitar que se produzca.*

9. Ejemplos de la criminalidad empresarial

Las consideraciones expresadas en las páginas anteriores sobre la necesidad de los conceptos de dominio y deber para obtener un fundamento común a todas las formas de autoría y participación en todas las modalidades del delito ilustran muy bien —incluso están hechas en

⁸⁰ CUELLO CONTRERAS, *PG*, t. II, XIV, 3; CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, 2ª época, núm. 6, pp. 22 y s.

⁸¹ Esto lo vio con extraordinaria lucidez en su día LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, 2ª época, 1986, p. 87.

⁸² Véase de forma particularmente clara, ROBLES PLANAS, *Participación en el delito*, 2003, pp. 220 y s.

buena parte a la medida de ellas – la responsabilidad individual de quienes cometen delitos a través de organizaciones. Al mismo tiempo, los conceptos de dominio y deber como fundamento de la autoría y las normas aplicables a la criminalidad cometida a través de organizaciones dan cuenta de las posibilidades de un *sistema lógico-funcional* de dogmática penal, que permite armonizar los fines normativos de regulación con el respeto a la naturaleza del comportamiento humano, que el normativismo debe tener en cuenta. Así:

La existencia de normas como la del art. 319 (delito urbanístico) evidencian que hay personas (empresario de la construcción, p. ej.) que tienen asignado un ámbito de incumbencia dentro del cual pueden cometer el delito tanto actuando como omitiendo (sin necesidad de tener que acudir en este último caso, comportamiento omisivo, al rodeo del art. 11). Tanto la concepción de SCHÜNEMANN, sobre el dominio del resultado, como la de JAKOBS, del deber por incumbencia, explican perfectamente la existencia, cada vez mas frecuente en los códigos penales (incluso la interpretación de otras existentes desde antaño), de estas normas con elementos especiales de la autoría.

Como consecuencia, en parte, de lo anterior, la norma del art. 31 contempla la responsabilidad penal de quien pese a no reunir en su persona la cualidad requerida para la autoría por el tipo delictivo (el directivo de empresa constructora que construye en zona no urbanizable), actúa en nombre y representación de otro. También aquí se confirman las concepciones básicas de SCHÜNEMANN y JAKOBS, sobre el dominio y el deber. Pero sobre todo lo que se evidencia es que si hay necesidad de suplir un elemento de la autoría (el que le falta al autor) es porque el derecho penal previene ante todo comportamientos lesivos de los bienes jurídicos, que es lo que no falta en los supuestos de responsabilidad por *actuaciones* en nombre de otro.

Finalmente, aunque el CP no lo diga expresamente (ni siquiera contempla la atenuación para el cómplice: art. 65. 3: aunque cabe con base en argumento *a maiore ad minus*), los deberes especiales de evitar la lesión del bien jurídico que los tipos con cualidades especiales de la autoría más allá del mero no lesionar activamente, justifican relativizar la importancia de la imputación a título de partícipe a quien no reúne en su persona la cualidad especial de la autoría; razón por la cual es posible excluir la responsabilidad por conducta de participación en supuestos en los que no es posible cuando se trata de participación en delito común.

La adaptación de la dogmática naturalística a la normativista de la que se hablaba al principio de este ensayo como forma más adecuada de enfrentarse a los nuevos desafíos de la realidad social, con el ejemplo paradigmático de la criminalidad empresarial y organizada, consiste en considerar autores a una serie de sujetos adornados con especiales deberes que por intervenir relevantemente, actuando u omitiendo, en una actividad organizada que implica a muchos, responden aunque no hayan llevado a cabo la totalidad del comportamiento delictivo; o, dicho de otra manera, las construcciones dogmáticas procedentes de la época del naturalismo, de autoría y participación, comisión y omisión, se amoldan (no son sustituidas por otras diferentes) a la dogmática normativista.

De esta manera, p. ej., cuando una empresa fabrica un producto defectuoso puede ocurrir, será frecuentemente el caso, que todos, directivos, ingenieros y jefes de producción, etc. son responsables de lo acaecido por vía de coautoría o autoría debido a la prolongación de su personalidad individual que supone la persona jurídica que sirve de cauce. En tanto que otros colaboradores, por razones obvias, se reducen a meros cooperadores (partícipes) o su conducta es irrelevante.

*La empresa, en suma, es un cosmos dentro del cual las categorías dogmáticas tradicionales constituyen microcosmos que se adaptan al problema concreto a resolver. Véase si no*⁸³:

(a) Si el consejo de administración de una empresa acuerda por unanimidad fabricar un producto que implica un comportamiento delictivo, todos sus miembros son coautores (activos) de ese comportamiento delictivo a pesar de no haber fabricado ellos el producto, lo que harán los operarios que, a su vez y a pesar de ello, no son autores del delito. *La no intervención de los directivos en el concreto proceso de fabricación es lo que resulta suplido por el deber asumido de evitar que a través de la empresa se desarrollen procesos delictivos.* Su conducta, por tanto, es equivalente a la regulada en el CP como coautoría, a pesar de cumplir de forma distinta el requisito de la coautoría, de la *ejecución conjunta* del hecho por todos los coautores. La figura de la autoría mediata sería innecesaria y perturbadora aquí.

(b) Si el ingeniero de la empresa ejecuta la decisión anterior del consejo de administración, es autor del delito a pesar de que al igual que el consejo de administración no ejecuta materialmente el delito, sino que lo hacen los operarios no autores. Tal como ocurría con el consejo, es su no participación en los hechos concretos lo que resulta *suplido por el deber de evitar* que la empresa desarrolle proyectos delictivos y por su *actuación en nombre de otro* (la empresa). Lo que no son consejo e ingeniero es coautores, por no actuar en el mismo plano.

(c) Con todo, el mayor interés de la construcción estriba en la posible responsabilidad de todos ellos cuando con posterioridad a su intervención en el discurrir normal (no delictivo) de la actividad empresarial se ha detectado algún fallo en el proceso productivo o conductas ilícitas (dolosas o imprudentes) de quienes intervienen después (inclusión hecha de los mismos operarios que ejecutan materialmente la actividad empresarial); responsabilidad a dilucidar con los criterios de la omisión (impropia), que puede convertir a todos en autores del delito por omisión⁸⁴.

*Ello es así porque acción/omisión, autoría/participación, están construidas sobre la acción como categoría heurística. Éste es mejor criterio que otros que se puedan seguir*⁸⁵ *para delimitar autoría de participación prescindiendo de las categorías tradicionales.*

⁸³ Véase también ya CUELLO CONTRERAS, PG, t. II, pp. 259 y ss.

⁸⁴ Problemática que estuvo muy presente en el caso Lederspray de la jurisprudencia alemana.

⁸⁵ Como el de SILVA SÁNCHEZ, “¿”Pertenencia” o “intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de la organización” en el delito”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (coord.) y otros, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón Emilio*, 2004, pp. 1069 y ss.

10. La extensibilidad del nuevo modelo de responsabilidad por autoría a las organizaciones criminales

La responsabilidad por la asunción de un ámbito propio de dominio que se adapta muy bien a la empresa, no puede generalizarse por vía interpretativa⁸⁶. Ahora bien, ello no quiere decir que no quepa hacerlo en un caso muy concreto más allá de la empresa, la familia o a administración, como prototipos de las instituciones que crean deberes positivos de actuar. Se trata concretamente del por lo demás importante ámbito de la *criminalidad organizada*, a pesar de ser lo más opuesto a una institución. Si existe una posibilidad contemplada en el ordenamiento jurídico de que alguien responda penalmente por los hechos realizados a través de otro debido a que organiza el ámbito en el que esa actividad delictiva tiene lugar, la organización de la misma actividad delictiva, piénsese en la organización terrorista ETA o en los narcotraficantes, ha de ser cubierta necesariamente por la norma penal que extiende la responsabilidad de esa forma más allá de quienes actúan directamente. Sin temor a una aplicación desorbitada del derecho penal. Por esta vía, el problema secular del jefe de la banda que no interviene en los hechos y no es autor en sentido estricto, puede ser resuelto en virtud de la nueva forma de imputación de la autoría (¡mejor que la intentada por algunos, de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder!). Quien dice eso del jefe, puede decirlo de otros intervinientes, comandos de seguimiento, responsables de la infraestructura económica, etc.

11. La solución a través del nuevo modelo del problema del instrumento doloso no intencional o no cualificado

Incluso el problema de la responsabilidad de quien utiliza a un instrumento doloso no intencional se puede reconducir por esta vía: Si el dueño de la granja insta a su peón para que introduzca en aquella los gansos del vecino, no es posible construir una autoría con el ánimo de lucro del dueño y el dolo del peón. Pero sí es posible, al igual que ocurre con la criminalidad organizada, y al igual que allí a través de una elemental aplicación analógica intraliteral del art. 31 (en nombre de = a través de) o por reducción *ad absurdum*, por ser el dueño quien dirige la “empresa delictiva” de la que el peón es mero colaborador que aunque realiza toda la acción delictiva (como el operario del delito urbanístico en ejemplo anterior) no actúa con ánimo de lucro, lo que sí hace el dueño a quien además le incumbe todo lo que sucede en su empresa.

12. Resumen y conclusión

Dogmática jurídico-penal no es ni puro ontologismo ni puro normativismo, como conviene recordar en un momento de hegemonía del normativismo. Es más bien necesidad de construir los conceptos básicos teniendo en cuenta a la vez la lógica de las cosas y los fines normativos. Es por eso que también en la fase de la normativización del derecho penal, el modelo de imputación que tan bien fue elaborado en la fase anterior, del naturalismo, sigue siendo válido para ayudar

⁸⁶ Así atinadamente ya SCHÜNEMANN, *H-Rodríguez Mourullo*, p. 1002.

decisivamente a la configuración de conceptos como el de autoría, cuyo contenido normativo nadie cuestiona.

Existe un concepto de autor común (al que después sumar especificidades de cada una) a todas las modalidades del delito, comisivo, omisivo, especial y por actuación en nombre de otro, para cuya configuración necesitamos a la vez un *elemento normativo de deber* y un *elemento ontológico de dominio*, que permiten definir la autoría como imputación de un resultado a quien dominando su producción es obligado a evitarlo.

Ese concepto vale incluso para concebir *unitariamente la autoría en todas las modalidades de delito y la participación* en los casos en que ésta es posible (lo casos en que no es posible se obtienen incluso por su inviabilidad a la luz de ese concepto: p. ej. participación por omisión en conducta principal activa u omisiva), siempre que se admita que el dominio del resultado por el obligado es sólo parcial y subordinado en el partícipe.

Y es incluso válido para resolver todos los casos de *imputación individual* en delitos cometidos a través de *organizaciones*, el gran desafío dogmático de la autoría y la participación para el siglo XXI, siempre que se sepa ver en el entramado organizativo un artificio-prolongación de la capacidad de actuar individual, que permite llegar más lejos que solo, a través de la cual los implicados desarrollan los roles que con la mera ayuda de unos pocos preceptos de la PG del CP, como el art. 31, permiten imputar a cada uno mediante la forma de imputación (autoría con sus diversas modalidades, o participación, si procede) pertinente, con un papel especialmente relevante al ya cada vez más relevante en la sociedad actual, de la responsabilidad por omisión, en función de su aportación al hecho cometido a través de la organización.

13. Bibliografía

Joaquín CUELLO CONTRERAS (2002), *El Derecho penal español, Parte general*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2006), "Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-01 y ss, (<http://criminet.ugr.es/recpc/>).

- EL MISMO (2009), "Autoría y participación en un sistema lógico-funcional", *CPCr*, núm. 97, 2009, pp. 24 y ss.

- EL MISMO (2009), *El Derecho penal español, Parte general, Teoría jurídica del delito* (2), t. II., Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2010), "Causalidad, imputación y ciencia", *Revista de Derecho penal (Argentina)*, núm. 1., pp. 273 y ss.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1999), "Das Unechte Unterlassungsdelikte", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 111, 1999, pp. 307 y ss.

- EL MISMO (1999), "El delito de omisión impropia", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, 1999, pp. 525 y ss.

- EL MISMO (1999), *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid.
- EL MISMO (2000), "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 11 y ss.

Luís GRACIA MARTÍN (1994), "La comisión por omisión en el Derecho penal español", *Cuadernos de Derecho judicial*, XXIII, 1994, pp. 57 y ss.

- EL MISMO (2001), "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en AAVV, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal*, Madrid.

Günther JAKOBS (1996), *Imputación penal de la acción y la omisión*, Bogotá.

- EL MISMO (1997), "La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión" (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. PEÑARANDA RAMOS y otros), Civitas, Madrid.
- EL MISMO (1998), *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- EL MISMO (2001), *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), Bogotá.
- EL MISMO (2001), "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), Bogotá.
- EL MISMO (2001), "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", en *Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y en la Criminología, Actas y Congresos*, UNED, 2001, pp. 619 y ss.
- EL MISMO (2005), "La intervención delictiva" (trad. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), *CPCr*, 2ª época, núm. 85, 2005-I, p. 83.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (1986), "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS", *Poder Judicial*, 2ª época, 1986, p. 87.

Guillermo PORTILLA CONTRERAS (1999), "La participación omisiva en delito de resultado y de simple actividad", en José CEREZO MIR y otros (ed.), *El nuevo Código penal; presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada.

Ricardo ROBLES PLANAS (2000), "Participación en el delito e imprudencia", *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 223 y ss.

- EL MISMO (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.
- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

Claus ROXIN (2000), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 7ª ed. Alemana, Marcial Pons, Madrid.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (1995), *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá.

- EL MISMO (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassung*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

Bernd SCHÜNEMANN (1971), *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, ed. Alemana.

- EL MISMO (2006), "Base lógico-objetiva para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro" (trad. Mariana SACHER), en Agustín JORGE BARREIRO y otros (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid.

- EL MISMO (2008), "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión" (trad. Beatriz ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN), en Carlos GARCÍA VALDÉS y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, II, 2008, pp. 1628 y s.

- EL MISMO (2009), *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1989), "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de imputación. El ejemplo del funcionario penitenciario", *Cuadernos de política criminal*, núm. 38, 1989, pp. 367 y ss.

- EL MISMO (2004), "¿"Pertenenencia" o "intervención"? Del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de la organización" en el delito", en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (coord.) y otros, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón Emilio*, Tirant lo Blanch, Madrid.