

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas

Prof. Titular de Derecho Penal. Univ. de Alcalá, Madrid, España. Patrona de la FICP.

~La necesidad de diferenciar entre autoría y participación imprudente y la cuestión de su punibilidad. Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio~

I. HECHOS PROBADOS

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

II. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS Y OBJETO DE ANÁLISIS

El caso llega a la AP de Málaga por la gravedad de los delitos imputados, y la Audiencia condena entre otros delitos por un homicidio imprudente a la conductora, a Raúl y a Rómulo, que es el que le animó a arrancar el vehículo.

La sentencia de la AP es recurrida en casación ante el TS. El Alto Tribunal emite una estudiada y ponderada resolución y con motivo del recurso de Rómulo entra de lleno en la cuestión de si cabe conceptualmente una participación imprudente y si de ser así debe castigarse.

El ponente de la sentencia profundiza en el tema y recoge la dicotomía existente entre la doctrina alemana y española, que se presentan como antagónicas, pues la doctrina alemana niega la existencia conceptual de la participación imprudente y fundamentándose en un concepto unitario de autor, afirma que todos los intervinientes son autores. A esta conclusión se llega, en mi opinión, por un error metodológico, al aplicar herramientas dogmáticas y conceptuales del delito doloso al imprudente, sin tener en cuenta las características propias de este.

Por el contrario, la doctrina española, que en este punto no va al socaire de la doctrina alemana, construye y admite un concepto restrictivo de autor imprudente, por lo que las figuras de la participación pasan a ser causas de extensión de la punibilidad.

Después de esta inmersión doctrinal, la sentencia confirma la condena por homicidio imprudente en el caso de Rómulo y explica que ya se defienda un concepto unitario de autor o ya se defienda un concepto restrictivo, el aspecto punitivo no sufre variaciones, y ello se debe a que en el CP español no hay diferencia de pena entre autores, cooperadores necesarios e inductores.

Mi posición dista de esta afirmación. Voy a empezar por decir una obviedad: esta misma estructura punitiva del art. 28 CP es aplicable al delito doloso y no por ello se ha renunciado a realizar un esfuerzo dogmático para sentar las bases de un concepto restrictivo de autor y señalar sus ventajas, de tal modo que la doctrina y la jurisprudencia española casi sin fisuras defienden un concepto restrictivo de autor para el delito doloso.

Pero también encuentro razones terminológicas, dogmáticas, político-criminales y prácticas para no aludir la elección entre un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor, tanto en el delito doloso como en el imprudente, pese a que las consecuencias penológicas nos conduzcan al mismo lugar, lo que, insisto, no debe disuadirnos de ofrecer una fundamentación dogmática elaborada y político-criminalmente justa, proporcional y eficaz.

Para no excederme del tiempo he de dejar de lado algunos de estos argumentos, pero es inevitable hacer, primero, una alusión mínima a uno de los principios del sistema

restrictivo de autor, el principio de accesoriedad, que rige las relaciones entre autores y partícipes y dota de contenido al principio de autorresponsabilidad, siendo, de este modo, el partícipe responsable de su propio hecho; no obstante, para terminar de configurar su responsabilidad penal se debe tener en cuenta el hecho realizado por el autor, atendiendo a elementos como la tipicidad y la antijuridicidad (accesoriedad cualitativa) y al grado de ejecución alcanzado por el autor (accesoriedad cuantitativa).

Y en segundo lugar, la existencia de una participación imprudente solo es posible plantearla desde las premisas de un concepto restrictivo de autor. Y solo desde allí, se puede discutir sobre la cuestión de la punibilidad o no de la participación imprudente.

Pasando a esta cuestión, encontramos un encendido debate en la doctrina que acoge el concepto restrictivo de autor en el delito imprudente y no tanto, sin embargo, en la jurisprudencia, en la que se opta normalmente por el castigo, como es ejemplo de ello, la sentencia que les comento hoy.

Así un sector importante de la doctrina defiende la no punición de la participación imprudente, atendiendo primero y sobre todo al menor desvalor subjetivo de la imprudencia; segundo a que la participación es una causa de ampliación de la punibilidad; tercero, a que el art. 12 del CP 1995 implanta el sistema del *numerus clausus* en la imprudencia; y cuarto a que la participación por su naturaleza requiere el dolo, aunque no se recoja expresamente en la ley.

Otra parte de la doctrina, tan autorizada como la anterior, defiende su punición, ofreciendo los siguientes argumentos: 1) del texto de la ley no se deriva ningún dato determinante para negar la punición de la participación imprudente. Las definiciones legales de la participación no están formuladas en términos subjetivistas, como sí ocurre en el StGB; 2) desde razones de ponderación del injusto, se afirma que la gravedad de este depende tanto de aspectos objetivos como subjetivos; 3) si se hace una interpretación sistemática de los preceptos de la parte general, se comprueba que la tentativa, que suele ser la categoría sistemática que mide el grado de subjetividad de una regulación, no está solo definida desde elementos subjetivos en el CP español, y 4) y último, cuando existían las faltas en el CP se castigaba sin duda la participación dolosa en este tipo de ilícitos, resultando mucho más leve, sin embargo, que la realización de los tipos imprudentes por participación. Actualmente se puede considerar tal argumento haciendo la comparación con los delitos leves.

III. CONCLUSIÓN

Expuesta sintéticamente la situación, les paso a explicar mi posición y mis propuestas al hilo del análisis del caso de la sentencia:

- Como sostuve ya en anteriores trabajos considero que la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente es una opción político-criminal, cuando la regulación no es determinante.
- Actualmente, es evidente que se ha producido y se sigue produciendo un cambio de paradigma propiciado e impulsado, como suele suceder, por la organización, estructuras y contexto sociales. La complejidad de las interrelaciones sociales en una sociedad adjetivada como del riesgo necesita de categorías del delito, que anteriormente tenían una aplicación relativa o residual; categorías como la imputación objetiva, la imprudencia, la posición de garante, la concurrencia de imprudencias, el principio de autorresponsabilidad, el principio de confianza, la participación imprudente, por señalar algunas, se presentan actualmente como elementos necesarios para dar una fundamentación dogmática a la necesaria imposición de una pena a formas delictivas que descontrolan altamente el riesgo y que, en algunos casos, pueden alcanzar amplios niveles de sofisticación.
- Ello ha conducido a su vez a que la concepción del injusto personal cambie y no esté dominado por concepciones subjetivistas entroncadas en el finalismo, configurando un injusto típico en primer término objetivo (sin renunciar por ello a la parte subjetiva), tornándose de carácter normativo, incluso cuando se trata de elementos subjetivos como el dolo y la imprudencia, que se han despojado de un enfoque ontológico, como estructuras lógico-reales, o psicológico.
- Centrándonos en esta perspectiva objetiva del injusto, el inductor, crea un riesgo de generación de la idea delictiva en el autor desde su yo consciente e individual, por lo que está sabiendo lo que dice y a quien se lo dice, y cuando se inserta esta actuación en todo el contexto delictivo concreto también se analiza, atendiendo a la interrelación con otros sujetos y sus conductas, si su participación ha sido además imprudente, por no perseguir con su favorecimiento la producción de un resultado lesivo típico.
- Desde este enfoque objetivo del tipo filtrado a través del análisis del criterio de la creación de un riesgo, ateniéndonos a los hechos enjuiciados en la sentencia,

Rómulo con su frase está induciendo a crear un riesgo jurídico-penalmente relevante, al poner en peligro un bien jurídico de la manera que se ha tipificado y prohibido en la norma, estando de acuerdo con la sentencia de que se trata de una inducción, pero como forma de participación y no de autoría. Una inducción, que si fuera dolosa, se castigaría sin ninguna duda. Hago el inciso de que esta hubiera podido ser una posible fundamentación para llegar a la condena en el caso de la sentencia, ya que aplicando la teoría del consentimiento restringida, se podría haber sostenido que el inductor no tenía bases racionalmente fundadas, para no haber considerado que uno de los resultados probables en esas circunstancias concretas del caso pudieron ser las lesiones o la muerte de una persona, que estaba cogida al vehículo, poniéndose este en marcha.

- Volviendo a la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente, el análisis de esta sentencia, el caso que plantea y la concienciación social sobre el riesgo me han hecho replantearme mi propia posición y los argumentos que manejaba. Anteriormente solo había defendido la punibilidad de la participación imprudente en los contextos delictivos en los que había intervinientes con especiales responsabilidades y con posiciones de garante, en delitos de deber (infracción de deber) o de dominio. Sin embargo, después de cuestionarme mi propia posición, he pasado a engrosar la lista de los autores que defienden la punibilidad de la participación imprudente.
- La imprudencia representa un injusto personal de menor entidad, ello es evidente e indiscutible, pero esta premisa no es lo suficientemente determinante para afirmar que en el fenómeno delictivo imprudente solo se debe castigar cuando exista consumación y cuando el interviniente sea autor. Hay contextos peligrosos imprudentes de tal magnitud que merecen una respuesta penal y que de no hacerlo se llega al callejón sin salida de las lagunas de punibilidad, poniendo en entredicho la eficacia del Derecho penal. De ello es consciente el legislador, por ejemplo, cuando ha tipificado delitos de peligro en los que tiene cabida la imprudencia. Y para el caso de la participación, como ya he dejado apuntado anteriormente, del sistema del *numerus clausus* y de los preceptos que regulan la autoría y la participación no se extraen argumentos decisivos y claves para la no punición de la participación imprudente, más bien la regulación tiene una semántica anfibológica.

- Por otro lado, si nos enfocamos en el concepto de participación, dejando a un lado esa parte subjetiva, que en ocasiones entorpece el análisis, cuando la participación adquiere las formas de la inducción y de cooperación necesaria, el legislador ha considerado que este tipo de favorecimientos tienen una gravedad consustancial y propia, por lo que merecen la misma pena que el autor, quedando fuera de esta equivalencia punitiva solo y exclusivamente la complicidad.
- Por lo que tenemos dos conclusiones: 1) la imprudencia es menos grave que el dolo; 2) la inducción y la cooperación necesaria son formas de intervención graves que merecen la misma pena que la del autor desde un punto vista puramente objetivo y neutro, y ello tanto si la participación es dolosa como imprudente.
- Llegados a esta síntesis, considero que hay que interpretar la ley teniendo a la vista estas conclusiones e interconectarlas, siendo conscientes además de que entre bambalinas está en tensión por este enfrentamiento entre lo objetivo y lo subjetivo toda la estructura del injusto típico, pesando tanto la interpretación teleológica y los argumentos político-criminales, como la eficacia aplicativa de la regulación, para darle mayor protagonismo en unos casos o en otros a elementos subjetivos u objetivos del tipo.
- De *lege ferenda*, considero que se debe revisar la regulación de la participación en la parte general del CP. En una hipotética reforma de la participación se debería plasmar con claridad la opción legal decidida: si castigar o no castigar la participación imprudente. Como he dicho anteriormente, me inclino por su castigo, y con la misma pena que la del autor imprudente.
- No obstante, matizo esta afirmación, ya que un sistema de flexibilización de la punición de la participación en el delito imprudente puede formar parte de esta opción regulativa, de tal modo que atendiendo al menor desvalor del injusto imprudente, a los partícipes en el mismo se les pudiese imponer una pena igual, pero también menor que la del autor, ateniendo a determinados factores del supuesto concreto. En el caso del cómplice imprudente, por el principio de insignificancia, opto claramente por su impunidad.
- Además, se debe seguir manteniendo el sistema cerrado de punibilidad del delito imprudente, el cual, al estar presente como principio sistematizador en toda la regulación penal de la imprudencia, limita el castigo de la autoría imprudente y

ofrece seguridad jurídica; y ello, aunque las opciones de castigar la participación imprudente se incrementen, porque también es posible la participación imprudente en un delito doloso.

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

IV. ACLARACIONES Y REFLEXIONES POSTERIORES AL DEBATE

Como expliqué a lo largo de mi exposición, no existe en el CP español una regulación clara y determinante sobre la punición de la participación imprudente, por lo que cabe defender varias hipótesis, entre ellas la punibilidad de algunas de sus figuras, como la cooperación necesaria y la inducción, en determinados contextos y estructuras. Una de ellas, como he defendido desde el inicio de mis trabajos, es el castigo del garante como partícipe imprudente, cuando no ha tenido el dominio del hecho y no ha atendido labores tan importantes de vigilancia y control del riesgo para la contención de este.

Por otro lado, a través del estudio y análisis de esta sentencia, he considerado otro posible ámbito para sostener la punibilidad de la participación imprudente. Me refiero a los supuestos de actuaciones muy peligrosas, con las que se crea un elevado riesgo de producción del resultado por la concreta conducta elegida y ejecutada, pero por las determinadas circunstancias del caso y de los factores que acontecen, en el momento del análisis de la parte subjetiva no se llega al convencimiento de la existencia de dolo eventual, incluso afluyen argumentos para no inclinarse por esta solución, aunque se pudiera también proponer, como ocurre en el caso de la sentencia comentada. La cooperación necesaria y la inducción imprudente se castigarían en estos supuestos, en mi opinión, y a falta de un mayor desarrollo de esta posición, basándose en dos puntales: por un lado, afirmando indubitadamente la gravedad de la imprudencia en todos estos casos, precisamente por la dificultad en su delimitación con el dolo eventual, que nos orienta hacia una infracción muy grave de la norma de cuidado y hacia una representación consciente del peligro por parte del sujeto o sujetos implicados; por otro lado, esa gravedad de la infracción de la norma consigue materializarse en un elevado peligro, el cual lleva adherido un gran porcentaje de éxito rayano en la seguridad de producción del resultado lesivo.

En el caso de la sentencia se llega a la convicción de que la imprudencia es grave y consciente o normativizando el elemento subjetivo: cualquier sujeto en esa situación se hubiera representado el alto peligro de realización de la actuación. Gozaría de poca credibilidad, por parte de un sujeto que arranca con alguien encaramado a la ventana de su vehículo, el negar la representación y consciencia del peligro de lesión o muerte. También en el caso de autos, la inducción imprudente provoca directamente que la autora elija realizar la conducta que en el contexto concreto conduce el peligro originado hasta una producción casi segura de un resultado lesivo.

Estas situaciones con tan elevado peligro de producción de resultado y con representación, pero sin poder probar el dolo eventual, no pueden quedar, en mi opinión, sin una respuesta penal, si además se ha producido un resultado contra bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, por lo que, en mi opinión, sí que existe necesidad y merecimiento de pena y ello para evitar una respuesta disonante del ordenamiento jurídico penal atendiendo al desvalor de la conducta.

En efecto, la regulación actual permite movernos en dos puntos muy extremos: o bien la punición de estas conductas si se admite el dolo eventual, o bien la impunidad, si

no se afirma el dolo eventual y se opta además por la impunidad de la participación imprudente. Ese salto cualitativo, al que aludí en el coloquio, lo encuentro llamativamente desproporcionado y así lo sigo manteniendo, incluso después de reflexionar en el contraargumento del Prof. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el que me apuntaba que esa diferencia de pena, ese salto penológico entre la imprudencia y el dolo tan notable, hay que tenerlo entonces muy en cuenta para decidir qué castigamos y qué no, porque está poniendo en evidencia el menor desvalor del delito imprudente frente al dolo.

No es discutible, como opción político-criminal basada en argumentos dogmáticos, el menor desvalor de la imprudencia frente al delito doloso derivado claramente de su regulación y de su punición; no obstante, precisamente ese salto cualitativo, que abre un espacio enorme en blanco de punibilidad entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, debería cuestionarse, porque no se corresponde con la realidad de dos categorías subjetivas que están en contacto y en constante fricción: La imprudencia grave y consciente está al otro lado de la línea roja del dolo eventual, con lo que el injusto desde su dimensión subjetiva sigue siendo grave, pero es que desde su dimensión objetiva y tomando como ejemplo el supuesto de hecho de la sentencia, el peligro creado y sus posibilidades de éxito lesivo es el mismo tanto si hay dolo como imprudencia. Por ello, se podría establecer un sistema de graduación que permitiese elevar proporcionalmente las penas del delito imprudente en supuestos muy graves y cercanos al dolo eventual, ya que contemplan el mismo desvalor objetivo del injusto que en el dolo e incluso el mismo desvalor del resultado. Esta posibilidad se puede plantear, pero no es aplicable con la regulación actual. Lo que sin embargo sí es posible con la regulación actual es la punición de la cooperación necesaria y la inducción imprudente en casos de una elevada gravedad objetiva con una imprudencia muy grave. Así en el supuesto de hecho de la sentencia es el inductor imprudente el que origina y provoca la situación de elevada peligrosidad.

En conclusión, me inclino por no castigar todas las participaciones imprudentes en todo caso y automáticamente, pero sí por castigar la cooperación necesaria y la inducción, en las situaciones en las que se hayan originado riesgos insoportables y graves con una alta probabilidad de éxito de producción del resultado, en que se hayan puesto en peligro bienes jurídicos como la vida o la integridad física y en los que se haya barajado la posibilidad de una calificación por dolo eventual, pero no se pueda lograr probar el elemento volitivo o incluso una representación absolutamente plena del peligro.

Otro aspecto que presenta el caso de la sentencia es la forma de participación y al que se aludió también en el coloquio. En mis trabajos, siguiendo a la doctrina mayoritaria, y entre ellos a LUZÓN PEÑA o MIR PUIG, he defendido que caben las mismas formas de participación en el dolo que en la imprudencia. Considero además que se ha instalado un prejuicio dogmático que concibe las formas de participación como patrimonio exclusivo del delito doloso y ello no debe ser así. Ninguna forma de participación por su naturaleza, incluso la inducción, es incompatible con la imprudencia. La parte objetiva de una conducta es la base inicial de la que se debe partir, de tal modo que es una inducción el que otro le diga al conductor arranca el vehículo cuando está sujeto al bastidor un tercero o, siguiendo un ejemplo de MIR, es inductor el que determina a otro a conducir de modo imprudente y atropella por ello a un tercero. Esta parte objetiva del tipo de participación se adapta posteriormente a los aspectos subjetivos del supuesto. Evidentemente si nos movemos en el terreno de la imprudencia, ninguno de los intervinientes en el hecho querrá que se produzca el resultado: ni el autor, ni los partícipes, pero ello no debe confundir los planos objetivos y subjetivos. Los elementos subjetivos (conocimiento, finalidad...) de una inducción son distintos cuando media dolo y cuando media imprudencia, pero la conducta objetiva permanece intacta. El inductor, como en el caso de la sentencia, provoca *ex novo* la idea delictiva de forma directa en el autor y también a aquel se le puede imputar objetivamente la creación del peligro, que se materializa en la realización plena del resultado lesivo.

Y siguiendo con el plano objetivo y subjetivo, pero tomando como punto de referencia el elemento subjetivo del acuerdo, al igual que en el ámbito del dolo, las conductas imprudentes pueden desarrollarse en el contexto de un acuerdo expreso o tácito: todos agarran la viga para tirarla por la ventana sin poner medidas de seguridad y sin cerciorarse de la existencia de transeúntes, o también sirva como ejemplo el propio caso de la sentencia, en la que inductor y autor se han puesto de acuerdo de modo tácito e instantáneo en poner el vehículo en marcha con un señor agarrado por fuera a la ventanilla. En el primer caso hay coautoría imprudente si se lesiona a un viandante; en el segundo caso existe una inducción imprudente, que constituye una participación imprudente subjetiva al haber acuerdo. No obstante, el acuerdo puede faltar entre los varios intervinientes imprudentes, lo que nos coloca en el ámbito de la concurrencia de imprudencias, que pese a su denominación las distintas conductas imprudentes pueden ser coincidentes en el espacio-tiempo o no. Estas imprudencias realizadas por varios

sujetos sin acuerdo necesitan de un análisis para dilucidar si se trata de autorías accesorias o alguna de ellas constituye una participación accesorias u objetiva. La falta de acuerdo en ningún caso convierte a todas las intervenciones imprudentes en autorías accesorias, ya que si alguna de ellas no codetermina el hecho, no puede ser más que participación imprudente objetiva, la mayoría de las veces cooperación necesaria o no necesaria (más complicada la posibilidad de una inducción imprudente objetiva), como ocurre en el caso de que alguien se deje de manera descuidada un revolver encima de una mesa y un tercero visitante llevado por la curiosidad lo coja y empiece a manipularlo, se escape una bala y alcance a un tercero; o una enfermera llene imprudentemente una jeringuilla con una dosis mortal de un medicamento y el médico se la inyecte al paciente sin darse cuenta tampoco de la cantidad de contenido: o un ciclista, infringiendo las reglas de tráfico, marche en paralelo a otro ciclista, ocupando así a velocidad lenta buena parte de la mitad derecha de la calzada, y entonces un automovilista que llegue por detrás a fuerte velocidad, en vez de reducirla, para adelantar al ciclista que va más a la izquierda, rebase la línea continua e invada bastante la mitad izquierda de la calzada en una curva sin visibilidad, chocando frontalmente con otro vehículo que circulaba correctamente por el lado de la carretera que el primero ha invadido, muriendo a consecuencia de ello el conductor del coche que circulaba correctamente.